

VU Research Portal

De grenzen van de overheid

Zijlstra, S.E.

published in

Privaat bestuur?

2008

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Zijlstra, S. E. (2008). De grenzen van de overheid. In S. E. Zijlstra, & R. A. J. van Gestel (Eds.), *Privaat bestuur?* (pp. 9-93). (VAR-reeks; No. 140). Boom juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

I Inleiding¹

1.1 Hoe zamelt de overheid het huisvuil in?²

Ingevolge artikel 10.21 Wet milieubeheer (Wm) dragen de gemeenteraad en het college van B&W, al dan niet in samenwerking met dezelfde organen van andere gemeenten, ervoor zorg dat ten minste eenmaal per week de vuilnis wordt ingezameld. Dit geschiedt volgens regels die door de raad bij verordening zijn vastgesteld (artikel 10.23 Wm). Het vaststellen van die verordening kan de raad niet aan een private instelling overlaten; zelfs mandaat is niet toegestaan (artikel 10:3, tweede lid, onder a, Awb). Hooguit kan men een ontwerp laten opstellen door bijvoorbeeld een gespecialiseerd particulier bureau. Moeten ter uitvoering van de verordening nog besluiten door B&W (zoals een vergunning) worden genomen, dan kunnen die alleen aan particulieren worden gemandateerd; delegatie of attributie is in strijd met de Gemeentewet. Hoe moet de feitelijke inzameling geschieden? De Wet milieubeheer spreekt van 'zorg dragen' door de gemeente, hetgeen meebrengt dat de gemeente het zelf kan doen (door een ambtelijke dienst), maar het ook kan uitbesteden aan private instellingen. Zo'n instelling kan een nv zijn met alle aandelen in handen van de gemeente, een overheidsstichting, maar het kan ook een commercieel bedrijf zijn. Bij de overheids-nv en de stichting kan het publieke belang worden geborgd door de statutaire positie van de gemeente (aandeelhouderschap, bestuur, raad van toezicht, aanwijzingsbevoegdheid); bij een commerciële instelling moet de gemeente door middel van contract, de vergunning of concessie waarborgen dat zij aan haar zorgplicht voldoet.

De hier geschetste varianten hebben elk hun consequenties voor de toepasselijkheid van de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht of, zo men wil, voor de grens van de overheid. Dat geldt niet voor mandaat van vergunningverlening aan een private instelling; juridisch verschuift de grens van de overheid dan niet. Wel komt in dat geval de bevoegdheid in een 'boedel' van overigens private bevoegdheden, en doen zich vragen voor van afbakening tussen de publieke en de private bevoegdheden (met dito normeringsproblemen). De uitbesteding aan een particulier van de vuilnisophaal zelf doet de grens van de overheid wél verschuiven, waarbij de precieze grensmarkering verschilt al naar gelang de gekozen constructie. De

-
1. Met dank aan M. Magala, student-assistent voor onderzoek- en analysewerk, en F.J. van Ommeren, E. Steyger en K. Wilkeshuis voor hun opmerkingen.
 2. Zie hierover ook F.J. van Ommeren & J. Vermont, Uit-, aan- en inbesteding in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen, *De Gemeentestem* 2007, 7266, nr. 7.

enkele toekenning van het recht om de vuilnis op te halen (vergunning, contract of concessie) maakt van de private instelling nog geen overheid, ook al hebben we hier te maken met een publieke taak die door de wetgever als zodanig is aangemerkt. Zij is naar de huidige stand van de jurisprudentie zelfs geen bestuursorgaan als de gemeente de taakuitoefening gedetailleerd voorschrijft, de meerderheid van haar bestuur benoemt en haar volledig bekostigt. Wel valt zij dan onder de Wet openbaarheid van bestuur (artikel 3) en onder de Europese regels inzake openbare aanbesteding.

Hier ziet men hoe ‘vloeiend’ de grenzen van de overheid kunnen zijn. Zamelt de gemeente zelf de vuilnis in (door een gemeentelijke vuilnisophaaldienst), dan is publiekrecht in beginsel van toepassing. Besteedt zij het uit aan een particuliere organisatie, dan ‘lekt’ die toepasselijkheid van publiekrecht ‘weg’. In dezelfde materiële context (inzamelen van vuilnis) kan dus sprake zijn van overheid of niet-overheid, en, minstens zo belangrijk: dit kan van puur privaatrechtelijke constructies (statuten) afhangen.

1.2 De grenzen van de overheid

In 1999 vergaderde onze vereniging over ‘verschuiving van de magische lijn’ tussen publiekrecht en privaatrecht.³ Daarbij ging het over de grens van de toepasselijkheid van het bestuursrecht (met name de bevoegdheid van de bestuursrechter) op handelingen van ambten en personen waarvan in confesso is dat zij tot de overheid behoren. Bij die behandeling ging het niet om de vraag óf de overheid privaatrechtelijk mag handelen, maar welke normen van toepassing zijn als ze dat doet, en – vooral – welke rechter dan bevoegd is of zou moeten zijn.

Dit preadvies gaat over een andere magische lijn, namelijk die tussen overheid en niet-overheid. In één opzicht is de aanpak die ik daarbij kies vergelijkbaar met de preadviezen van 1999. Ook ik zal mij afvragen welke normen van toepassing zijn als privaatrechtelijke rechtspersonen publieke taken uitoefenen en welke rechter dan bevoegd is of zou moeten zijn. Maar een minstens zo belangrijk deel van dit preadvies gaat over de vraag in hoeverre het aanvaardbaar is dat de overheid zich bedient van privaatrechtelijke rechtspersonen voor de behartiging van haar taken.⁴

De vragen hangen met elkaar samen. Kritiek op de manier waarop de rechtspraak invulling geeft aan het begrip bestuursorgaan wordt mede ingegeven door normatieve opvattingen over het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid. Aan het slot van dit preadvies wordt dan ook een poging gedaan tot een geïntegreerde benadering van de organisatierechtelijke grenzen van de overheid.

3. A.J.C. de Moor-Van Vugt, J.L. de Wijkerslooth & N. Verheij, *Verschuiving van de magische lijn*, VAR-reeks 122, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

4. In 2000 beschreef ik samen met Ten Berge in een preadvies voor de NJV uitgebreid de publiekrechtelijke rechtspersoon (J.B.J.M. ten Berge & S.E. Zijlstra, *De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling*, in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 130^e jaargang/2000-I, p. 33-101). In die zin vormt dit preadvies de voltooiing van het tweeluik.

1.3 Probleemstelling

Kern van mijn preadvies vormt het gebruik dat de overheid maakt van particuliere organisaties bij de behartiging van publieke taken. Een belangrijke plaats is daarbij ingeruimd voor een analyse van het wettelijk en jurisprudentieel overheidsbegrip, en de rechtsregels omtrent taaktoedeling aan, oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen. Ook wil ik, vanuit een normatief kader, een analyse maken van de positie van het 'maatschappelijk middenveld' tussen publiekrecht en privaatrecht. In dat kader worden ook varianten besproken van nadere normering, vanuit het publiek belang, van dat middenveld, zoals 'governance' en de maatschappelijke onderneming.

VAR-preadviezen hebben vaak een tweeledig doel: de lezer informeren over de stand van zaken met betrekking tot een bepaald leerstuk, maar ook een discussie over dat leerstuk entameren en structureren. Ook mijn preadvies probeert aan beide doelen te beantwoorden, maar om het geheel niet nodeloos omvangrijk te maken, wordt geen uitputtend naslagwerk geproduceerd. Gelet op de snelle ontwikkelingen in het bestuursrecht is de zin daarvan trouwens ook maar betrekkelijk. Er worden dus geen emmers wetgeving, jurisprudentie en literatuur omgekieperd. Als het goed is, vindt de lezer in de voetnoten wél een verwijzing naar de belangrijkste relevante bronnen.

1.4 Opzet

De opzet is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt het *overheidsbegrip in wetgeving en jurisprudentie* besproken. Dat betreft in de eerste plaats wetten – en daarop gebaseerde jurisprudentie – die een 'echt' overheidsbegrip hanteren: de Algemene wet bestuursrecht (Awb) als belangrijkste, maar ook de Wet openbaarheid van bestuur (WOB), de Wet Nationale ombudsman (WNo), de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) en de Archiefwet. Vervolgens worden enkele andere Nederlandse wetgeving(scomplexen) behandeld die op de een of andere manier onderscheid maken tussen overheid enerzijds en particuliere organisaties anderzijds. Dit betreft de Ambtenarenwet, de toepasselijkheid van onderzoeksbevoegdheden door rekenkamers, en nog enkele curiosa, te weten de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet op de ondernemingsraden en de Auteurswet. Ten slotte wordt hetzelfde gedaan met twee juridische stelsels die voor onze rechtsorde van grote betekenis zijn, te weten het Europese recht (waaronder regels inzake openbare aanbesteding) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Hoofdstuk 3 beschrijft het gebruik van particulieren en privaatrechtelijke organisatievormen bij de behartiging van publieke taken: toekenning van taken en bevoegdheden, oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid, en de normering van particuliere instellingen die niet tot de overheid behoren maar wel een publieke taak behartigen. Ten slotte komt ook het gebruik van particulieren binnen de overheidsorganisatie in enge zin aan de orde: openbare lichamen voor beroep en bedrijf en zelfstandige bestuursorganen van het 'participatietype'.

Waren de beide vorige hoofdstukken beschrijvend van aard, in hoofdstuk 4 worden *de grenzen van de overheid beoordeeld*. Hoe moeten we aankijken tegen de manier waarop in wetgeving en jurisprudentie het overheidsbegrip is gedefinieerd en ingevuld en tegen het oprichten van en deelnemen, door de overheid, in privaatrechtelijke rechtspersonen? De vraag naar de plaats van particuliere organisaties die een publieke taak vervullen in het spectrum van publiek- en privaatrecht, komt hier in een algemene bespreking aan de orde. Als men de ontwikkelingen van de laatste vijftig jaar overziet, valt een tendentie te ontwaren tot het onder (quasi)publiekrechtelijke normen brengen van dergelijke organisaties. Dat geschiedt in de eerste plaats in of op basis van de bijzondere wet (bijvoorbeeld in subsidievoorwaarden). Ook worden echter regelmatig suggesties gedaan ze in meer algemene zin te verstatelijken, bijvoorbeeld door ze via artikel 3:14 BW onder de beginselen van behoorlijk bestuur te brengen. Analyse van deze pogingen brengt mij – hopelijk – tot een benadering waar theorie en praktijk verder mee kunnen.

Ten slotte zij opgemerkt dat het onderzoek is afgesloten in februari 2008.

2 Het overheidsbegrip in (algemene) wetgeving en jurisprudentie

2.1 Inleiding

Hieronder breng ik de grenzen van het overheidsbegrip in kaart.⁵ Wanneer behoort een particuliere instelling volgens wetgeving en jurisprudentie tot de overheid? Daarvoor moet eerst een methodologische vraag worden beantwoord. Het ligt voor de hand de beschrijving grotendeels op te hangen aan het begrip bestuursorgaan uit de Awb. Dat structureert immers ons overheidsbegrip (voor zover het de bestuurlijke kolom betreft). De meeste wetten zeggen echter niet of iets of iemand tot ‘het (openbaar) bestuur’ of ‘de overheid’ behoort, maar hanteren een begrip of een set van normen dat of die wij traditioneel tot de overheid respectievelijk tot publiekrechtelijke normen rekenen. Dan zou men dus moeten beginnen met die normen in wetgeving en jurisprudentie op te sporen, om aan de hand van de daarbij gehanteerde normadressaten het overheidsbegrip vast te stellen. In de idee van de democratische rechtsstaat zijn subjectiviteit en normativiteit echter twee kanten van dezelfde medaille. Voor ieder overheidsorgaan behoren bepaalde normen te gelden, maar ook: wat overheidsorgaan is, wordt bepaald door wat voor de overheid behoort te gelden. Men ziet dit het mooist geïllustreerd door het begrip bestuursorgaan en de jurisprudentie daarop. De normen van publiekrecht zijn van toepassing op bestuursorganen. Om die normen te kunnen toepassen, moet de rechter dus eerst bepalen of sprake is van een bestuursorgaan. Maar juist omdat hij wil dat die normen van toepassing zijn, verklaart hij iets tot bestuursorgaan. Hier ontstaat gemakkelijk een cirkelredenering.

De keuze die ik hierna heb gemaakt, is deels ingegeven door deze overwegingen. Dat wil zeggen dat ik in de eerste plaats kijk naar wetten – en daarop gebaseerde jurisprudentie – die een ‘echt’ overheidsbegrip hanteren, waarvan de Awb de belangrijkste is (zie paragraaf 2.2). De Wet openbaarheid van bestuur sluit daarbij aan, maar kent ook een eigen systeem van toepasselijkheid (zie paragraaf 2.3). In paragraaf 2.4 passeert een aantal wetten de revue die eveneens op de een of andere wijze

5. Vanwege de beperkte beschikbare tijd heb ik geen rechtsvergelijkend onderzoek kunnen doen. Zie daarvoor onder andere C.P.J. Goorden, *Rechtsbevoegdheid in het bestuursrecht* (diss. KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. UU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, P.A.M.J. Graat, *Maatschappelijk bestuur. Een derde weg tussen overheid en private sector* (diss. UU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 en N. Verheij, *Bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 50, Deventer: Kluwer 1994.

aansluiten bij artikel 1:1 Awb;⁶ de Wet Nationale ombudsman, de Wet bescherming persoonsgegevens en de Archiefwet. Vervolgens worden enkele wetgeving(scomplexen) besproken waarvan kan worden gezegd dat zij een materie regelen die specifiek ziet op handelen van de overheid, dan wel die bij hun toepassing expliciet onderscheid maken tussen overheid enerzijds en particuliere organisaties anderzijds. Dit betreft de Ambtenarenwet (begrip ‘openbare dienst’; zie paragraaf 2.5), de toepasselijkheid van onderzoeksbevoegdheden door rekenkamers (zie paragraaf 2.6) en nog enkele curiosa, zoals de Wet op de ondernemingsraden, de Algemene wet gelijke behandeling en de Auteurswet 1912. Vervolgens bezie ik het Europese recht, met als voornaamste deel de regels inzake openbare aanbesteding (zie paragraaf 2.8), en dan nog (kort) het EVRM (zie paragraaf 2.9). In paragraaf 2.10 trek ik op basis van deze analyse enige algemene lijnen.

2.2 De Algemene wet bestuursrecht: bestuursorgaan

Algemeen

Van groot belang voor de vraag waar de grens van de overheid ligt, is artikel 1:1 Algemene wet bestuursrecht (Awb), dat het begrip ‘bestuursorgaan’ definieert. Met artikel 1:1 Awb is het begrip bestuursorgaan een voor het gehele bestuursrecht structurerend begrip geworden. Zijn voorganger, het begrip ‘administratief orgaan’ zoals gehanteerd door de Wet arob,⁷ had alleen tot functie om de rechtsingang bij de (toenmalige) Afdeling rechtspraak van de Raad van State te bepalen. Het begrip bestuursorgaan van artikel 1:1 Awb bepaalt niet alleen (mede) de rechtsingang bij de bestuursrechter, maar de hele werkingssfeer van de Awb, alsmede die van andere belangrijke wetten op het terrein van het algemeen bestuursrecht, zoals de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet Nationale ombudsman. Voor ons is dan met name van belang het eerste lid, onderdeel b: ‘de personen of colleges, met enig openbaar gezag bekleed’ (de zogeheten b-organen). Omdat onderdeel a ziet op (organen van) publiekrechtelijke rechtspersonen, gaat het in onderdeel b per definitie alleen nog om privaatrechtelijke rechtspersonen en natuurlijke personen.

De woorden ‘persoon of college’ in onderdeel b hebben geen onderscheidende betekenis; het kan gaan om iedere entiteit, of het nu een burger, een privaatrechtelijke rechtspersoon of een orgaan van zo’n rechtspersoon betreft.

Onder openbaar gezag in de zin van deze bepaling moet worden verstaan de bevoegdheid publiekrechtelijke rechtshandelingen te verrichten, dat wil zeggen de publiekrechtelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten vast te stellen.⁸ Dit is overigens niet

-
6. Ook dit overzicht is niet uitputtend: zo kan bijvoorbeeld nog worden gewezen op de Wet toezicht Europese subsidies, die het begrip ‘betrokken bestuursorgaan’ hanteert als afbakening van haar werkingssfeer (art. 1, onder c).
 7. Het begrip ‘administratief orgaan’ wordt al door de ontwerpen-Loeff gehanteerd in ruwweg dezelfde betekenis als de Wet arob en diens voorganger, de Wet beroep administratieve beschikkingen (zie Wettelijke maatregelen tot regeling der administratieve rechtspraak, Den Haag: Belinfante 1905).
 8. Zie hierover uitgebreid mijn Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat (diss. EUR), Den Haag: VUGA 1997 p. 12-17.

hetzelfde als het kunnen nemen van besluiten. Ook het niet-schriftelijk verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling betreft de uitoefening van openbaar gezag. Een bekend voorbeeld daarvan is het stopteken van de verkeersregelaar. Meestentijds is dit een ambtenaar en daarom een a-orgaan, maar het komt nogal eens voor dat, ter regeling van het verkeer bij het uitgaan van een school, ouders of oudere leerlingen tot verkeersregelaar worden benoemd (zie artikel 2, derde lid, onder b en artikel 9 van de Regeling verkeersregelaars, Stcrt. 2000, 79; deze figuur wordt ook wel de 'klaar-over' genoemd). Zo'n ouder of leerling is dan een bestuursorgaan, en wel een b-orgaan, in de zin van de Awb.

Volgens de jurisprudentie kan openbaar gezag in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onderdeel b, Awb op drie manieren worden verkregen:

1. krachtens wettelijk voorschrift, dat zelf weer is terug te voeren op een wet in formele zin;
2. doordat de overheid overwegende invloed op het beheer van de rechtspersoon heeft; bij die rechtspersoon kunnen dan ambtenaren worden aangesteld, en het bestuur van de rechtspersoon is met openbaar gezag bekleed voor zover het gaat om handelingen jegens die ambtenaren;
3. op een (andere) buitenwettelijke manier.

Op de tweede manier, die zich – tot dusverre – uitsluitend in de ambtenaarrechtelijke context afspeelt, wordt in paragraaf 2.5 nader ingegaan. Hierna bespreek ik de beide andere vormen. Daarbij gaat het mij er niet om een uitputtend beeld van de jurisprudentie te geven; dat hebben anderen al zeer adequaat gedaan.⁹ Ik probeer alleen een beeld te geven voor zover dat van belang is voor mijn probleemstelling.

Openbaar gezag bij of krachtens de wet

De meest voorkomende manier van verkrijging van openbaar gezag is bij of krachtens de wet. Bekende voorbeelden van b-organen die openbaar gezag met een wettelijke grondslag bezitten, zijn de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM), die haar openbaar gezag ontleent aan overdracht op grond van artikel 40 Wet toezicht effectenverkeer 1995, en de garagehouder die krachtens artikel 83 Wegenverkeerswet 1994 is erkend als APK-keuringsstation.

Men zou verwachten dat het criterium van toekenning bij of krachtens de wet niet veel problemen oplevert; men hoeft er immers maar de relevante wettelijke regelingen op na te slaan om te weten waar men aan toe is. Dat is echter niet altijd het geval, omdat de wetgever nu eenmaal niet zegt dat hij openbaar gezag toekent, maar alleen

9. Zie met name Goorden 1990, Schroten 2000, p. 143-152, F.J. van Ommeren, Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie, in: J.W. Sap e.a. (red.), De publieke taak, Reeks publicaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties nr. 7, Deventer: Kluwer 2003, J.A.F. Peters, De publieke taakjurisprudentie is dood. Leve de publieke taakjurisprudentie!, JBplus 2004, p. 69 e.v., de annotatie bij de Silicose-uitspraak van G. Overkleef-Verburg in AB-klassiek, nr. 34, Deventer: Kluwer 2003 en L.J.A. Damen, Bestuursorgaan, belanghebbende, besluit: meer rechts-eenheid?, in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer & L.J.M. Timmermans, In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 21-31.

een bepaalde bevoegdheid of zelfs handeling regelt. Niet zelden komt het dan op de rechter aan om te bepalen of sprake is van openbaar gezag.

Volgens de memorie van toelichting bij artikel 1:1, eerste lid, onder b, Awb is sprake is van openbaar gezag als aan de persoon of het college 'een of meer overheidstaken zijn opgedragen, en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend'.¹⁰ Deze formulering is volgens de memorie gebaseerd op de jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, waarbij zij verwijst naar twee uitspraken: één uit 1979 over Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven¹¹ en één uit 1982 over de Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking.¹² Nu is deze laatste uitspraak minder goed gekozen, want zij is een voorbeeld van de zuivere publieke-taakjurisprudentie, zoals verderop in de memorie van toelichting ook wordt opgemerkt. In de uitspraak inzake de Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven gaat het wél om openbaar gezag krachtens de wet. Ingevolge de toenmalige Wet ziekenhuistarieven was het degene die een ziekenhuis beheert verboden een verhoogd of nieuw tarief in rekening te brengen, tenzij dit was goedgekeurd door het centraal orgaan. Ingevolge diezelfde wet was eerdergenoemde Stichting door de minister aangewezen als centraal orgaan in de zin van die wet. Dit voorbeeld is helder, en de conclusie dat hier sprake is van openbaar gezag, kan een eerstejaars rechtenstudent ook trekken. De overweging van de Afdeling dat de wetgever met dit stelsel 'het toezicht op de totstandkoming van verantwoorde tarieven voor verblijf en verrichtingen in ziekenhuizen als overheids-taak heeft aangemerkt', doet daar niet aan toe of af.

Iets vergelijkbaars gebeurt in ARRvS 9 april 1992¹³ inzake de Raad voor de Casinospelen. Ingevolge de Wet op de kansspelen is het verboden in een casino personeel te laten werken dat niet beschikt over een door de Raad voor de Casinospelen, overeenkomstig een door hem vast te stellen model, daartoe afgegeven machtiging. De Afdeling constateert dat de wettelijke bevoegdheden van de Raad 'zien op uitvoering van een overheidstaak, te weten de handhaving van de openbare orde in verband met de casinospelen in Nederland, in welk kader hij bindende besluiten kan nemen'. De Raad is volgens de Afdeling dan ook met openbaar gezag bekleed.

Soms lijkt de rechter de overheidstaak nodig te hebben om tot openbaar gezag te kunnen concluderen, zoals in Vz. ABRvS 29 januari 2004¹⁴ inzake Railned BV. Ingevolge het Interimbesluit capaciteitstoewijzing spoorwegen wordt het gebruik van het spoor toegewezen door 'de daartoe bevoegde instantie'. Als zodanig is Railned BV aangewezen. De voorzitter overweegt dat een dergelijke capaciteitstoewijzing en het wijzigen of intrekken van zo'n toewijzing een overheidstaak betreft. Hierbij betreft de voorzitter dat blijkens de nota van toelichting bij het Interimbesluit het doel van dit besluit is het bevorderen van een objectieve, non-discriminatoire en toetsbare verdeling van spoorweginfrastructuurcapaciteit, waartoe aan onder andere Railned de bevoegdheid wordt toegekend om capaciteit toe te wijzen. Vervolgens stelt de

10. Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 27; PG Awb I, p. 133.

11. ARRvS 3 april 1979, AB 1979, 368 m.nt. FHvdB, tB/S I, p. 14.

12. Vz. ARRvS 19 maart 1982 (er staat abusievelijk 1981), AB 1982, 411 m.nt. De Ru.

13. AB 1992, 534.

14. AB 2004, 221 m.nt. Blomberg, JB 2004, 160 m.nt. Timmermans, Gst. 2004, 7210, 13 m.nt. Bots.

voorzitter vast dat met het Interimbesluit aan Railned de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, omdat het Besluit een algemene maatregel van bestuur (AMvB) krachtens de Spoorwegwet is. Het Interimbesluit geeft een publiekrechtelijke grondslag aan de bevoegdheid van Railned om capaciteit toe te wijzen.

Verwijzing naar 'een overheidstaak' zien we ook in ABRvS 26 oktober 2005 inzake de omwisseling van guldens voor euro's door De Nederlandsche Bank NV (DNB).¹⁵ De Afdeling begint met te zeggen dat bepalend voor de beantwoording van deze vraag is, of aan DNB één of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.

'De Nederlandsche Bank NV is sinds 1814, met uitsluiting van ieder ander, gerechtigd tot het uitgeven van bankbiljetten die de hoedanigheid van wettig betaalmiddel hebben, hetgeen thans is neergelegd in art. 106 lid 1 EG-verdrag, gelezen in samenhang met art. 6 Bankwet 1998. Het uitgeven van bankbiljetten die de hoedanigheid van wettig betaalmiddel hebben, is aan te merken als een overheidstaak. Gelet hierop, is de omwisseling van guldenbiljetten in euro's dan wel de weigering daarvan op grond van het besluit evenzeer een overheidstaak. De Nederlandsche Bank NV heeft, gelet op het op art. 27 lid 3 Bankwet 1998 gebaseerde besluit, de beschikking over de voor die overheidstaak benodigde bevoegdheden. Munten met de hoedanigheid van wettig betaalmiddel worden uitsluitend in opdracht van de Staat der Nederlanden vervaardigd en uitsluitend door de Staat der Nederlanden uitgegeven, hetgeen thans is neergelegd in art. 11 van de verordening, gelezen in samenhang met de art. 2 en 6 lid 1 Muntwet 2002. Het uitgeven van munten die de hoedanigheid van wettig betaalmiddel hebben, is evenzeer aan te merken als een overheidstaak. Gelet hierop, betreft de omwisseling van guldenmunten in euro's op grond van de regeling eveneens een overheidstaak. Hoewel De Nederlandse Munt NV het Nederlandse muntgeld vervaardigt, is op het gebied van de verwisseling van guldenmunten in euromunten De Nederlandsche Bank NV in het besluit van 23 januari 1998, zoals gewijzigd bij besluit van 30 augustus 1999, de taak toegekend om de munten luidend in guldens, voorzover het betreft de munten genoemd in art. 2 lid 2 Muntwet 1987, te verwisselen voor munten in euro's en is haar in de regeling de voor de uitoefening van de overheidstaak benodigde bevoegdheid toegekend. Na 1 januari 2003 is dit een exclusieve bevoegdheid van De Nederlandsche Bank NV geworden. Gelet op het vorenoverwogene, is De Nederlandsche Bank NV wat betreft de in deze zaak aan de orde zijnde besluiten omtrent de omwisseling van guldenbiljetten en -munten – inclusief de weigering daarvan – een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb.'

15. AB 2006, 21 m.nt. Peters. Ik laat de vraag of bij De Nederlandsche Bank niet sprake is van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, maar in het midden. Zie daarover M.M. Bense & S.E. Zijlstra, Het begrip bestuursorgaan. Betekenis en strekking van art. 1:1, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht, NTB 1994, nr. 9, p. 254-255 en de noot van Peters bij de rechtbankuitspraak in AB 2005, 244.

Bij lezing van de uitspraken inzake *Railned* en *DNB* rijst wel de vraag wat het toevoegt dat hier sprake is van een overheidstaak. Zou men zonder die toevoeging niet ook tot openbaar gezag kunnen concluderen? Dat lijkt mij bij *Railned* evident en bij *DNB* gaat het erom de rechtshandeling tot omwisseling als een exclusieve publiekrechtelijke bevoegdheid te duiden, en niet of sprake is van een overheidstaak. Mijn scepsis over de betekenis van dit criterium wordt bevestigd door ABRvS 3 mei 2006 (Stichting *De Thuis kopie*).¹⁶ Deze stichting is de rechtspersoon als bedoeld in artikel 16d Auteurswet 1912, waaraan de thuiskopievergoeding moet worden voldaan door de fabrikant, importeur of verkoper (artikel 16c, tweede lid jo. artikel 16ga Auteurswet 1912). De stichting is daartoe aangewezen door de minister. Hoe kan men beweren dat zij geen overheidstaak uitoefent? Daar wordt echter geen woord aan vuil gemaakt. De Afdeling overweegt eenvoudigweg dat oplegging van de boete wegens thuiskopiëren door de stichting geen openbaar gezag inhoudt, omdat de bevoegdheid daartoe een publiekrechtelijke grondslag ontbeert. En daar is inderdaad, zoals Peters in zijn noot zegt, geen speld tussen te krijgen.

Ik merkte eerder op dat de wetgever nu eenmaal niet bepaalt dat hij openbaar gezag toekent. Maar het komt wel voor dat uit de parlementaire geschiedenis van de betrokken wet blijkt dat de wetgever uitgaat van openbaar gezag of juist niet. De staatsrechtelijk interessante vraag rijst dan wat voorrang moet hebben. Volgt dan uit de *lex specialis*-regel dat de parlementaire geschiedenis van de (bijzondere) wet voorgaat, of is artikel 1:1 Awb 'autonoom', in die zin dat dat artikel (en zijn geschiedenis) het kader moet vormen?

Dit deed zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van de positie van het bekostigd bijzonder onderwijs. Bij de totstandkoming van de Awb kwam de vraag op of het bestuur van een school voor bekostigd bijzonder onderwijs niet ook met openbaar gezag bekleed en mitsdien een bestuursorgaan kan zijn. Dat bestuur bezit immers de bevoegdheid diploma's toe te kennen, waar de wet weer allerlei rechtsgevolgen aan verbindt. Bij die gelegenheid kwam de regering tot een ontkennende conclusie.¹⁷ Bij de behandeling van de Aanpassing onderwijswetgeving aan de derde tranche Awb echter, werd het standpunt ingenomen dat beslissingen van het bevoegd gezag van een bijzondere school omtrent de afgifte van een getuigschrift weer wél als openbaar gezag moeten worden aangemerkt. Dit is, na enig geschuif, in de jurisprudentie overgenomen.¹⁸ De overige onderwijsbeslissingen in die organisatie (zoals het vaststellen van de uitslag van een repetitie of een tentamen) zijn geen uitoefening van openbaar gezag.¹⁹

Het omgekeerde gebeurde bij de notaris en de gerechtsdeurwaarder. Tijdens de behandeling van de Gerechtsdeurwaarderswet was de deurwaarder door de regering uitdrukkelijk als bestuursorgaan aangeduid.²⁰ De Afdeling echter, met geen woord

16. AB 2006, 231 m.nt. Peters, JB 2006, 174.

17. Memorie van toelichting Aanpassingswet Awb I, Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 59.

18. Zie ABRvS 19 juli 2006, JB 2006, 257 m.nt. Peters, AB 2007, 41 m.nt. Vermeulen waarin verdere verwijzing naar jurisprudentie.

19. ABRvS 17 juli 2000, AB 2000, 446, ABRvS 18 mei 2005, AB 2006, 34 en ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 58 alle m.nt. Vermeulen. Zie ook M.J. Jacobs, Instellingen van bijzonder onderwijs: bestuursorganen in de zin van de Awb?, in: T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru & J.W. Sap (red.), In plaats van de overheid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 123-133.

20. Kamerstukken II 1993/94, 22 775, nr. 5, p. 9-10.

reppend over de parlementaire geschiedenis,²¹ verklaarde de ambtshandelingen van de gerechtsdeurwaarder laconiek tot 'geregeld in het burgerlijk recht', en dus geen uitoefening van openbaar gezag.²² Er was ingrijpen van de wetgever voor nodig om de positie van de deurwaarder en, in diens voetspoor, de notaris te verduidelijken. Bepaald is dat zij weliswaar bestuursorgaan zijn, maar dat op hun handelen een groot deel van de Awb niet van toepassing is.²³

In het kader van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA) is tijdens de parlementaire behandeling door de regering uitdrukkelijk uitgesproken dat de zogeheten 'eigenrisicodragers' die krachtens de Wet WIA sancties (tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk weigeren van een uitkering) kan opleggen aan zijn werknemer die niet voldoet aan diens verplichting tot re-integratie, als zodanig met openbaar gezag is bekleed en mitsdien een bestuursorgaan is.²⁴ Hoewel moeilijk te weerleggen,²⁵ is er nog geen jurisprudentie die dit bevestigt.

Uit het voorgaande blijkt dat meestentijds wel duidelijk is of sprake is van openbaar gezag krachtens wettelijke grondslag. Het moet gaan om de bevoegdheid krachtens specifieke wettelijke bevoegdheidstoekenning, handelingen te verrichten die gericht zijn op het eenzijdig wijzigen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten.²⁶ Dat geldt in de eerste plaats voor evidente gevallen als opheffing van een wettelijk verbod (vergunningen en ontheffingen, maar ook bepaalde gevallen van certificering), toezicht op de naleving en/of sanctionering) in de zin van hoofdstuk 5 Awb en subsidies krachtens wettelijk voorschrift.

De grootste complicaties liggen bij het element van het rechtsgevolg waarop de handeling gericht moet zijn of moet kunnen zijn. Als de werkgever zijn werknemer ontslaat op een grond die onvrijwillige werkloosheid oplevert, dan ontstaat voor die werknemer recht op een uitkering, welk recht op een specifieke wettelijke grondslag (de Wet WIA) is terug te voeren. Het ontslag is daarop naar objectief recht echter niet gericht: publiekrechtelijk gezien dient het als rechtsfeit dat het (voorwaardelijk)²⁷ recht op uitkering doet ontstaan. De werkgever is in die zin dan ook niet met openbaar gezag bekleed. Krijgt de werkgever echter de bevoegdheid om rechtstreeks krachtens de Wet WIA sancties (tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk weigeren van een uitkering) op te leggen, dan is hij, als gezegd, wél met openbaar gezag bekleed en mitsdien een bestuursorgaan.

Deze redenering heeft men nodig om het probleem van de wettelijke keuringen te kunnen oplossen. Als een wettelijk voorschrift bepaalt dat een beroep niet mag worden uitgeoefend als daarvoor niet een geneeskundige verklaring van een arts kan

21. Of het feit dat de Nationale ombudsman de deurwaarder al als bestuursorgaan had aangemerkt (Jaarverslag 2000, Kamerstukken II 2000/01, 27 645, nr. 1-2, p. 87).

22. ABRvS 8 augustus 2001, AB 2002, 51 m.nt. dzz., JB 2001, 216 m.nt. Peters. Zie ook mijn De notaris is een bestuursorgaan. Is dat erg?, in: P.J.J. van Buuren e.a. (red.), De notaris en/in het bestuursrecht, Preadviezen Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2001, Lelystad: Vermande 2001, p. 101-113.

23. Wet van 20 juni 2002, Stb. 318; zie art. 8:4, onder i, Awb.

24. Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 96.

25. Zie Bert Marseille & Enith van Wolde, De werkgever als bestuursorgaan, in: M. Herweijer, G.J. Vonk & W.A. Zondag (red.), Sociale zekerheid voor het oog van de meester (Noordam-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 295-307.

26. Zie hierover uitgebreid dzz. (1997), p. 12-17 en de daar aangehaalde literatuur.

27. De ontslagene moet de uitkering nog wel aanvragen.

worden overgelegd, dan is die verklaring juridisch gezien niet gericht op het rechtsgevolg van de opheffing van het verbod, zelfs als tussen arts en patiënt duidelijk is waar de laatste de verklaring voor nodig heeft. Dat ligt anders als een bepaald soort keuring juridisch alleen betekenis heeft in de context van de opheffing van een wettelijk verbod. Ik kan bij mijn garagehouder een ‘zomerkeuring’ laten doen, maar de APK-keuring kan alleen worden begrepen in de context van de opheffing van het verbod in de Wegenverkeerswet. Een wettelijk verbod om bepaalde producten in de handel te brengen of een bedrijvigheid te ontplooien zonder gecertificeerd te zijn door een erkende certificerende instelling, levert voor laatstbedoelde instelling openbaar gezag en de status van bestuursorgaan op.²⁸

In dit licht moet ook de positie van het bestuur van een school voor bekostigd bijzonder onderwijs worden gezien; iedere onderwijsinstelling kan diploma's uitreiken, maar het diploma dat deze instellingen aan het eind van een wettelijk geregelde opleiding uitreiken heeft alleen betekenis in de context van die wettelijke voorschriften. Daarmee is het schoolbestuur met openbaar gezag bekleed.²⁹ Wat ik dan overigens weer niet kan volgen, is dat de uitslag van een repetitie of een tentamen niet als de uitoefening van openbaar gezag geldt.

Naast dit stelsel is het soms zo dat ondanks het feit dat niet naar een bevoegdheidsgrondslag in een wettelijk voorschrift kan worden verwezen, toch wordt geconcludeerd tot openbaar gezag en mitsdien een bestuursorgaan. Ik heb het dan over de zogeheten publieke-taakjurisprudentie.

Buitenwettelijk openbaar gezag

De lijn die de jurisprudentie hierbij hanteert, wordt veelal, naar de bekende Afdelingsuitspraak uit 1995,³⁰ aangeduid als de Silicose-jurisprudentie. Als één van de annotatoren van die uitspraak heb ik daar geen moeite mee, maar de benadering is al vanaf het begin van de Arob-jurisprudentie zichtbaar. In ARvS 7 april 1978³¹ wordt de afwijzing, door het bestuur van de Stichting Fonds voor de letteren, van een verzoek om toekenning van een werkbeurs niet als een beschikking aangemerkt, omdat er geen algemeen verbindend voorschrift is aan te wijzen waaraan het bestuur hetzij rechtstreeks hetzij indirect enig openbaar gezag kan ontlelen. Annotator Borman wijst er echter op dat de Afdeling ‘het niet bij die ene overweging laat. Ze merkt [...] vervolgens op, dat het uitreiken van gelden door de Stichting, die deze eerst zelf in de vorm van overheidssubsidie ontvangen heeft, niet als de uitoefening van enig openbaar gezag kan worden beschouwd. Die overweging zou onlogisch en overbodig zijn indien aan de voorafgaande overweging (die betreffende het algemeen verbindend voorschrift) absolute betekenis zou toekomen. De combinatie doet vermoeden dat de Afd. bedoelt: zoekend naar de aanwezigheid van openbaar gezag trof ik noch in enig wettelijk voorschrift noch in de wijze van financiering of de activiteiten van de stichting voldoende aanknopingspunten aan om tot dat openbaar

28. Zie daarover meer uitgebreid het preadvies van Van Gestel, paragraaf 4.2.

29. Dat is het ook in het kader van het uitvoeren van de Leerplichtwet. Zie daarover Jacobs 1995.

30. ARvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. dzz., JB 1995, 337 m.nt. Stroink, Gst. 7024, 4 m.nt. Goorden, RAwb 1996, 44 m.nt. Ten Berge, AB-klassiek, nr. 34 m.nt. Overkleef-Verburg.

31. AB 1978, 474, tB/S I, p. 19.

gezag te concluderen, waaraan het rechtstreeks of indirect enig openbaar gezag kan ontlelen.’

Deze verwachting bleek juist, want in Vz. ARRvS 19 maart 1982 (Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking)³² is het raak. De beslissing van de Stichting tot weigering van subsidie³³ voor activiteiten ter bestrijding van apartheid in Zuid-Afrika wordt aangemerkt als een beschikking. Deze uitspraak is op twee manieren toonaangevend. Er wordt voor het eerst overwogen dat voldoende voor openbaar gezag is ‘dat verweerster uitvoering geeft aan een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken en dat deze uitvoering met overheids-gelden wordt bekostigd’, een overweging die we in de jurisprudentie steeds tegenkomen. Daarnaast wordt duidelijk dat, om tot een dergelijk oordeel te komen, zeer casuïstisch te werk wordt gegaan. Er komt een aantal feitelijke overwegingen, die tezamen (‘gelet op het voorgaande’) leiden tot de conclusie dat sprake is van een dergelijke overheidstaak en mitsdien van openbaar gezag. In casu was dat, dat de stichting was ingesteld door de minister voor Ontwikkelingssamenwerking als voortzetting van de Nationale Commissie Ontwikkelingsstrategie 1970-1980, dat de minister bij zijn instellingsbesluit de taak van de stichting onder meer had omschreven als het doen uitvoeren van voorlichtings- en bewustwordingsprogramma’s en -projecten in Nederland met betrekking tot de grondslagen, de doelstellingen, de uitvoering en de voortgang van het ontwikkelingsproces in de Derde Wereld en de internationale ontwikkelingssamenwerking, een en ander mede in nauwe relatie tot ontwikkelingsprocessen en ontwikkelingsbeleid in de eigen samenleving, en dat vaststaat dat de stichting op basis van door de minister vastgestelde subsidievoorwaarden zelfstandig besliste over de keuze, de beoordeling en goedkeuring van hiervoor bedoelde projecten en over de subsidiebedragen die op basis daarvan aan de verschillende organisaties werden verstrekt.

Hoe casuïstisch de Afdeling vervolgens te werk gaat, blijkt bijvoorbeeld uit ARRvS 28 juli 1989,³⁴ waarin de Stichting Jazz en geïmproviseerde muziek niet als administratief orgaan werd aangeduid. De Afdeling overweegt dat de stichting ter verwezenlijking van haar doelstellingen, waaronder het bevorderen van jazz en geïmproviseerde muziek in Nederland, onder andere subsidies ontvangt van de minister van WVC, en met het oog daarop stipendia, additionele honoraria en dergelijke verstrekt, maar dat zij bij de verstrekking daarvan vrij is en zich niet gebonden hoeft te weten aan door de minister vastgestelde voorwaarden. Ook anderszins bleek niet van een zodanige relatie tussen de stichting en de minister dat geoordeeld moet worden dat de stichting uitvoering geeft aan een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken en dat deze uitvoering met overheids-gelden wordt bekostigd. Was dus bij de uitspraak van 19 maart 1982 de vrijheid om zelf te beslissen nog een positieve overweging voor openbaar gezag, hier is het een negatief gegeven.

32. AB 1982, 411 m.nt. De Ru. Wij kwamen de uitspraak al tegen, waar ik de parlementaire geschiedenis van de Awb aanhaalde.

33. Toen nog geen ‘beschermd’ term.

34. TB/S 1989, 113 m.nt. Ten Berge.

In de loop der tijd is deze benadering op verschillende instellingen (vaak stichtingen, soms een vereniging of een vennootschap) toegepast.³⁵ Het is eigenlijk niet goed mogelijk er een lijn in te ontdekken, in ieder geval geen lijn die het ten aanzien van een concreet geval mogelijk maakt te voorspellen of de betrokken instelling wel of niet als bestuursorgaan zal worden aangeduid. Met Peters³⁶ kan worden geconcludeerd dat het de Afdeling niet lijkt te gaan om een inhoudelijke invulling van het begrip ‘publiek(rechtelijk)e taak’ of ‘overheidstaak’. Dat begrip dient vooral als kapstok om constructies aan te hangen die ‘de overheid in vermomming’ betreffen.

Het volgende lijkt wel vast te staan:

1. Het moet gaan om presterend bestuur. Wie de bevoegdheid tot ‘Eingriffsverwaltung’ pretendeert, moet kunnen wijzen op een grondslag in een wettelijk voorschrift. Dat presteren hoeft niet te bestaan in geld (zoals we lang hebben gedacht), maar kan ook het anderszins verstrekken van – op geld waardeerbare – voorzieningen betreffen, zoals indicaties ten behoeve van vouchers voor openbaar vervoer.³⁷ Met name hier is niet duidelijk waar de grens van de publieke-taakjurisprudentie ligt en waardoor zij wordt bepaald. Mij lijkt het dat het moet gaan om uitkeringen of voorzieningen die aan individuele burgers worden verstrekt, waarbij de instelling als ‘doorgeefluik’ fungeert. Dit gaat meestal om rechtspersonen met een ideële doelstelling, maar uit de Argonaut BV-uitspraak blijkt dat het ook een commercieel bedrijf kan zijn.³⁸
2. De overheid moet de taak ‘aan zich hebben getrokken’. Dit kan uit zeer uiteenlopende omstandigheden worden afgeleid, zoals toelichtingen bij wetgeving,³⁹ overige uitlatingen in het verkeer tussen regering en Staten-Generaal, maar zelfs uit buitenparlementaire speeches van bewindspersonen.⁴⁰
3. Het geld waarmee de taak wordt bekostigd, moet geheel of in overwegende mate van de overheid komen.⁴¹ Waar de grens ligt tussen wel en niet in overwegende mate, is onduidelijk.⁴²
4. Ten slotte moet de overheid de criteria bepalen volgens welke de subsidies, uitkeringen of andere voorzieningen worden verdeeld.⁴³ Laatstgenoemde twee criteria kunnen met Verheij worden samengevat als: de overheid betaalt en bepaalt.⁴⁴

35. Zie voor een overzicht de eerder in noot 9 genoemde literatuur.

36. Peters, JBplus 2004, p. 80.

37. CRvB 31 maart 2006, JB 2006, 132 m.nt. Verheij, AB 2006, 424 m.nt. Van Ballegooij en Van Duivenvoorde (Argonaut BV).

38. Vgl. Van Ommeren 2003, p. 143.

39. CBB 2 april 2003, AB 2004, 162 m.nt. Cartigny (NUON NV).

40. Zie de uitspraak inzake de Stichting Silicose.

41. Zie hiervoor ABRvS 19 december 2000, AB 2001, 83 m.nt. Verheij (Stichting Zeemanswelzijn Nederland), ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10 m.nt. Verheij, JB 2003, 288 m.nt. Peters (Stichting Patiënten Fonds) en ABRvS 11 oktober 2006, AB 2007, 81 m.nt. Sew (Stichting Koppeling).

42. Peters, JBplus 2004, p. 73.

43. Bijvoorbeeld de hiervoor aangehaalde uitspraken inzake de Stichting Silicose en de Stichting Koppeling.

44. Noot bij AB 2004, 10.

Het lijkt erop dat deze vier – cumulatieve – criteria volstaan. Zo heeft de Afdeling in de Silicose-uitspraak uitdrukkelijk overwogen dat het ontbreken van zeggenschap over de organisatie (zoals benoemingsrechten van bestuurders en goedkeuring van beheersbesluiten) geen rol speelt.⁴⁵

Voor zover

A-organen zijn in alles wat zij doen bestuursorgaan en vallen voor hun gehele handelen onder de Awb en de andere normen van publiekrecht, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. B-organen echter, zijn alleen bestuursorgaan *voor zover* zij met openbaar gezag zijn bekleed; men spreekt in dit verband wel van ‘incidentele’ bestuursorganen.⁴⁶ Dit betekent overigens niet dat van b-organen slechts de publiekrechtelijke rechtshandelingen onder de normerende werking van het publiekrecht vallen; ook de feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen die in het kader van – in samenhang met – die handelingen worden verricht, vallen onder die normerende werking.

Het verschil in strekking van onderdeel a en onderdeel b brengt mee dat, bij een onderzoek of een bepaalde instelling een bestuursorgaan is, altijd eerst moet worden gezien of sprake is van een a-orgaan; is het antwoord bevestigend, dan komt men aan onderdeel b niet meer toe.⁴⁷

Het ‘voor zover’-karakter van b-organen kan wat feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen betreft allerlei complicaties meebrengen. Men moet immers onderzoeken of die handelingen in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag worden verricht of juist niet. Overigens zal het met de complicaties in de praktijk wel meevallen; de behoefte aan de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur doet zich vooral bij de uitoefening van het openbaar gezag zélf gevoelen. Niettemin is er een aantal situaties waarin zich hier vragen kunnen voordoen. Een belangrijke categorie daarvan betreft de toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur en van het klachtrecht (zie hierna, paragraaf 2.3 en 2.4).

2.3 De Wet openbaarheid van bestuur: bestuursorgaan en een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf

De werkingssfeer van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) is, net als de Wet Nationale ombudsman, gekoppeld aan het begrip bestuursorgaan van de Awb (artikel 1a WOB). Ook hier dus privaatrechtelijke instellingen met openbaar gezag, en ook hier ‘voor zover’. Bij AMvB kunnen bestuursorganen van de werking van de WOB worden uitgezonderd (artikel 1a, onder d). Jurisprudentie over het bestuursor-

45. Anders: Overkleef-Verburg 2003, p. 347, onder verwijzing naar Stichting Silicose en ABRvS 12 november 1998, AB 1999, 30 m.nt. MSV, RAWb 1999, 38, JB 1998, 283 m.nt. Stroink (Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen).

46. Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier 2005, p. 65.

47. Dit doet de jurisprudentie dan ook trouw; zie bijvoorbeeld ABRvS 8 augustus 2001, JB 216 m.nt. Peters, AB 2002, 51 m.nt. dzz. (Gerechtsdeurwaarder).

gaan onder de WOB zou dus moeten aansluiten bij die onder de Awb, en zij doet dat ook.⁴⁸

Op twee punten wijkt de WOB echter af van de systematiek van de Awb. Het belangrijkste betreft de uitbreiding in artikel 3, eerste lid, te weten een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Wat moet hieronder worden verstaan?

Vaststaat dat 'werkzaam onder verantwoordelijkheid' in artikel 3 WOB niet dezelfde betekenis heeft als in de Awb, waar het hiërarchisch ondergeschikt betekent (zoals in artikel 3:5 en 10:4 Awb). Zo werd in ARRvS 11 februari 1991 (*Stichting Fonds voor de Letteren*)⁴⁹ geconstateerd dat de minister geen invloed had op de individuele toekenning van beurzen door het fonds. Dit laatste zou in de weg staan aan het aannemen van ondergeschiktheid in de zin van bijvoorbeeld artikel 10:4 Awb, maar is in het kader van artikel 3 WOB dus niet doorslaggevend.

Wat dan wel? Uit de parlementaire geschiedenis van de WOB en de toelichtende stukken bij haar voorganger op dit punt, het Besluit openbaarheid van bestuur, blijkt dat sprake is van 'onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn' als de instellingen, diensten en bedrijven zich bij hun werkzaamheden hebben te richten naar de opdrachten van deze organen.⁵⁰ Dit kan uit de statuten of uit een 'nadere regeling' blijken.⁵¹ Hoe dat uitpakt, illustreert eerdergenoemde uitspraak inzake de *Stichting Fonds voor de Letteren*. Het ging daar om een stichting waarvan de Afdeling al eerder⁵² had uitgemaakt dat zij werkzaam was onder verantwoordelijkheid van de minister van WVC. Sindsdien had een statutenwijziging plaatsgevonden, waarbij de bepaling 'De minister kan aan het bestuur concrete voorschriften of opdrachten geven binnen het kader van de doelstellingen en de werkwijze van de Stichting' was vervallen. De Afdeling acht het fonds echter nog steeds werkzaam 'onder verantwoordelijkheid' van de minister. Zij overweegt 'dat nog op tal van plaatsen in de – gewijzigde – statuten de invloed van verweerder op en zijn betrokkenheid bij het functioneren van het Fonds in die mate verzekerd is (gebleven), dat niet met vrucht kan worden staande gehouden dat het Fonds niet meer onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam is. De Afdeling heeft daarbij in het bijzonder het oog op art. 3, aanhef en onder b, van de statuten, waarin de financiële invloed van verweerder is verzekerd, art. 4 tweede lid waarin is bepaald dat alle bestuursleden door verweerder worden benoemd en ontslagen, art. 4 zevende lid, waarin is neergelegd dat namens verweerder de algemene vergaderingen van het bestuur door een ambtenaar worden bijgewoond, art. 5 zesde lid ingevolge waarvan het bestuur pas na goedkeuring van verweerder bevoegd is bepaalde rechtshandelingen te verrichten, alsmede art. 7 derde lid waarin is geregeld dat het bestuur jaarlijks verslag uitbrengt aan verweerder over de werkzaamheden van het Fonds en over het gevoerde beleid. Voorts wijst de Afdeling nog op art. 7 eerste en tweede lid, 8 en 9 derde lid en art. 10

48. Vgl. ARRvS 1 september 2004, AB 2004, 377 m.nt. Stolk (ID-Lelystad BV).

49. AB 1991, 598.

50. Nota van toelichting, Stb. 1979, 590, aangehaald bij Goorden 1990, p. 179-180; zie ook E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie* (diss. UL), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 90.

51. Memorie van toelichting bij de WOB, Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 24.

52. ARRvS 12 augustus 1985, aangehaald bij Goorden 1990, p. 181.

tweede t/m vijfde lid, van de statuten waarin de invloed en de betrokkenheid van verweerder is verwoord. Tevens acht de Afdeling van gewicht dat, naar ter zitting is komen vast te staan, verweerder niet alleen subsidiegelden aan het Fonds ter beschikking stelt, doch dat hij daarbij tevens de bestemming van die gelden aangeeft. Slechts de individuele toekenning van beurzen is een zaak van het Fonds.⁵³

Dat 'werkzaam onder verantwoordelijkheid van' in artikel 3 WOB iets anders betekent dan in de Awb, was aanleiding voor de commissie-Scheltema om, bij de integratie van de WOB in de Awb in het voorontwerp vierde tranche, de bepaling te wijzigen in 'overwegende overheidsinvloed', vergelijkbaar met het ambtenarenrecht (zie hierna, paragraaf 2.5).⁵⁴

Artikel 3 WOB betekent dat de rechter niet kan volstaan met de constatering dat als een private instelling niet met openbaar gezag is bekleed, geen sprake is van een bestuursorgaan, en dus de WOB niet van toepassing is. Hij moet ook onderzoeken of niet sprake is van een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. De Afdeling bestuursrechtspraak doet dat niet steeds consequent. Met name gebeurde dat niet in ABRvS 3 oktober 1996 (NV Luchthaven Schiphol).⁵⁵

Omgekeerd brengt de uitbreiding in 1993⁵⁶ van de werkingssfeer van de WOB naar in beginsel alle bestuursorganen, in combinatie met de publieke-taakjurisprudentie inzake het bestuursorgaanbegrip (zie hiervoor, paragraaf 2.2), mee dat de betekenis van artikel 3 WOB wel eens sterk zou kunnen afnemen.⁵⁷ Zo zou de Stichting Fonds voor de Letteren, die in 1991 nog via artikel 3 onder de werking van de WOB werd gebracht, nu als (zelfstandig) bestuursorgaan rechtstreeks onder artikel 1a WOB vallen.

Naast het systeem van artikel 3 verschilt de WOB op nog een ander punt van de toepasselijkheid van de Awb. In 2006 is in hoofdstuk Va WOB een regeling over verzoeken tot hergebruik van informatie opgenomen, die niet aanknoopt bij bestuursorgaan maar bij 'een overheidsorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een overheidsorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf' (artikel 11b). Hiervoor is gekozen vanwege de systematiek van de Europese richtlijn die met deze wijziging werd geïmplementeerd.⁵⁸ Voor het begrip 'overheidsorgaan' is in artikel 1, onder i,

-
- 53. Zie verder ABRvS 26 november 2003, AB 2004, 227 m.nt. Peters en ABRvS 1 september 2004, AB 2004, 377 m.nt. Stolk (ID-Lelystad BV); ABRvS 26 november 2003, AB 2004, 228 m.nt. Peters (Stichting Geusselt); Rb. Arnhem 27 april 2006, AB 2007, 103 m.nt. Peters en ABRvS 27 december 2006, AB 2007, 104 m.nt. Peters (Stichting DLO) en ABRvS 15 november 2006, AB 2007, 10 m.nt. Stolk (Snyman & Mygliori International). Zie voor oudere rechtspraak nog Goorden 1990, p. 180-182.
 - 54. Commissie-Scheltema, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht vierde tranche, Den Haag 1999, p. 36-37.
 - 55. AB 1996, 474 m.nt. Brenninkmeijer, RAwb 1997, 28 m.nt. Ten Berge, JB 1996, 231 m.nt. Schlössels, ook geannoteerd door J.A.F. Peters in: E.C.H.J. van der Linden & F.A.M. Stroink (red.), JB select, nr. 1, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004 en door mij in in L.J.A. Damen e.a. (red.), Rechtspraak bestuursrecht 1997-1998: de annotaties, VUGA: Den Haag 1998, p. 87-96.
 - 56. Aanwijzingsbesluit bestuursorganen WOB/WNo, Stb.1993, 535.
 - 57. In deze zin Daalder 2005, p. 91.
 - 58. Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 188, nr. 3, p. 6. Voor kritiek op deze wijze van implementatie zie E. Steyger, Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), Europees recht effectueren, Deventer: Kluwer 2007, p. 13.

aangesloten bij de Archiefwet,⁵⁹ die op haar beurt aansluit bij artikel 1:1 Awb, maar dan zonder de uitzonderingen van lid 2. Onder 'overheidsorgaan' vallen opnieuw de b-organen, met het 'voor zover'-criterium. In het voorontwerp voor een Algemene wet overheidsinformatie zoals dat in 2006 door de Landbouwwuniversiteit Wageningen werd gepresenteerd, wordt de gehele wet zelfs aan het begrip overheidsorgaan opgehangen.⁶⁰

Voor zover

Het 'voor zover'-criterium bestaat als gezegd bij de WOB, vanwege de koppeling aan het bestuursorgaanbegrip, evenzeer als bij de Awb. A-organen zijn voor alles wat ze doen bestuursorgaan,⁶¹ b-organen alleen voor zover ze met openbaar gezag zijn bekleed. Omdat het om documenten gaat, zou men verwachten dat dat hier regelmatig tot problemen leidt. Als bij een bijzondere universiteit alleen openbaar gezag wordt uitgeoefend bij de afgifte van diploma's en getuigschriften, dan zou de schriftelijke uitnodiging voor een zitting van de examencommissie waarbij het getuigschrift wordt uitgereikt wellicht als een sequeel van de uitoefening van het openbaar gezag onder de WOB vallen. Die problemen lopen echter niet via het begrip bestuursorgaan, maar via 'bestuurlijke aangelegenheid' (artikel 1, onder b, WOB), dat de werking van de WOB materieel afbakt.⁶² Jurisprudentie die duidelijke handvatten biedt voor een afbakening bij b-organen heb ik niet aangetroffen.

Wel wijs ik er voor de volledigheid op dat op grond van het Aanwijzingsbesluit bestuursorganen WNo en WOB, een drietal privaatrechtelijk vormgegeven bestuursorganen (NOS, De Nederlandsche Bank NV en de AFM) is uitgezonderd van de WOB (en de WNo) voor zover zij bepaalde, in het besluit genoemde werkzaamheden verrichten.

2.4 Andere wetten die aansluiten bij artikel 1:1 Awb

2.4.1 De Wet Nationale ombudsman (WNo) en het overige externe klachtrecht

Algemeen

De Wet Nationale ombudsman (WNo) en de overige regelingen inzake intern en extern klachtrecht (titel II, hoofdstuk IVc, Gemeentewet jo. hoofdstuk 9 Awb) sluiten aan bij het begrip bestuursorgaan van de Awb. Ook hier dus een toepasselijkheid op privaatrechtelijke rechtspersonen en natuurlijke personen die met openbaar gezag zijn bekleed, en ook hier een 'voor zover'-criterium.

De bevoegdheid van de Nationale ombudsman is geregeld in artikel 1a WNo: voor zover hier relevant is hij bevoegd ten aanzien van alle bestuursorganen, met uitzondering van organen van gemeenten waar een onafhankelijke ombudsman of -commis-

59. Kamerstukken II 2004/05, 30 188, nr. 3, p. 8.

60. B.M.J. van der Meulen e.a., Algemene wet overheidsinformatie.

61. Zie voor een voorbeeld in de context van de WOB: V.zr. Rb. Amsterdam 7 mei 2003, AB 2003, 436 m.nt. Peters.

62. Zie daarover Daalder, p. 110 e.v.

sie bestaat, of die bij AMvB zijn uitgesloten. De bevoegdheid van gemeentelijke ombudslieden of -commissies is niet expliciet in de Gemeentewet geregeld, maar verwijst naar 'de afhandeling van verzoekschriften' als bedoeld in artikel 9:18, eerste lid, Awb (artikel 81p Gemeentewet).

In de 'ombudsprudentie' is al vele malen ter zake van een privaatrechtelijke rechtspersoon uitgemaakt dat sprake is van een bestuursorgaan.⁶³ Saillant is natuurlijk dat de Ombudsman zelf bepaalt wat daaronder moet worden verstaan; dat kán leiden tot discrepantie met de bestuursrechter,⁶⁴ en daar heeft het ook toe geleid, zoals in het eerdergenoemde⁶⁵ voorbeeld van de notaris en de gerechtsdeurwaarder.

Zoals we hiervoor zagen, heeft de bestuursrechter zich in het kader van het bestuursorgaan-begrip van de Awb en de WOB beperkt tot openbaar gezag, al dan niet in de vorm van een toegespitst publieke-taakcriterium. De ombudsman heeft zich daar tot dusverre bij aangesloten, maar hij rukt wel aan zijn kettingen. Al in 2000 bepleitte hij in zijn jaarverslag dat rechtspersonen met een wettelijke taak die geen openbaar gezag uitoefenen maar wel 'tot de publieke sector' behoren, zoals woningcorporaties, onder de bevoegdheid van de ombudsman zouden worden gebracht.⁶⁶ Het lijkt er echter op dat hij het initiatief daarvoor van de wetgever verwacht en het niet zelf zal nemen.⁶⁷

Voor zover

Ook bij het klachtrecht van de WNo en de Gemeentewet geldt het 'voor zover'-criterium. Dat doet zich bij het klachtrecht nog pijnlijker gevoelen, omdat het klachtrecht niet alleen betrekking heeft op besluiten, maar op alle handelingen van bestuursorganen, maar ook omdat het normatieve kader zoveel uitgebreider is dan dat van de bestuursrechter: niet alleen rechtmatigheids-, maar (veel ruimer) behoorlijkheidsnormen. Uit de 'ombudsprudentie' komen op dit punt tot dusverre geen grote problemen naar voren; van veel feitelijk handelen blijkt meestentijds wel vast te stellen of het 'gerelateerd is' aan het uitoefenen van openbaar gezag of niet.⁶⁸

2.4.2 De Wet bescherming persoonsgegevens

De Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) bevat regels omtrent bescherming van de privacy rond persoonsgegevens. Zij ziet op persoonsregistraties bij zowel

63. Zie voor een overzicht de jaarverslagen van de Nationale ombudsman, die steeds als Kamerstuk worden gepubliceerd en ook op de website van de Ombudsman zijn te vinden.

64. Zie daarover R. Fernhout, De Nationale ombudsman en de Awb, in: M. Lurks e.a. (red.), De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen, Deventer: Kluwer 2002, p. 166.

65. Noot 22.

66. Nationale ombudsman, Jaarverslag 2000, Kamerstukken II 2000/01, 27 645, nr. 1-2, p. 13; zie ook Fernhout 2002, p. 167.

67. Nationale ombudsman 2001, p. 13. Vgl. ook Bettie Drexhage, Het bereik van de Nationale ombudsman, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a., Werken aan behoorlijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 345.

68. Zie hierover uitgebreid J.A.F. Peters & S.E. Zijlstra, Onscherp, maar wel ver genoeg? Hybride organisaties en publiekrechtelijke normering, in: G.H. Addink e.a. (red.), Grensverleggend Bestuursrecht (Ten Berge-bundel), Deventer: Kluwer 2008, p. 109-125.

particuliere instellingen als de overheid. In de sfeer van de rechtsbescherming wordt daar echter een onderscheid gemaakt. Artikel 45 WBP bepaalt namelijk dat als een beslissing op een verzoek tot bijvoorbeeld verbetering of verwijdering wordt genomen door een bestuursorgaan, dit een besluit in de zin van de Awb oplevert. Ook hier dus een koppeling met artikel 1:1, onder b, Awb, inclusief voor zover.⁶⁹ Dat voor de rechtsbescherming in de publieke sector aansluiting is gezocht bij het systeem van de Awb blijkt ook uit de toelichting van de WBP.⁷⁰ Aangenomen mag worden – ik heb er geen materiaal over aangetroffen – dat het College bescherming persoonsgegevens en de (bestuurs)rechter bij de toepassing van artikel 45 WBP aansluiten bij de jurisprudentie onder artikel 1:1 Awb.

2.4.3 De Archiefwet

De Archiefwet sluit in artikel 1, onder b, op ingenieuze wijze aan op de Awb, eenvoudigweg door lid 2 van artikel 1:1 Awb te ecarteren, waardoor de complete trias politica overblijft.⁷¹ Daaronder vallen opnieuw de b-organen, met het ‘voor zover’-criterium.

Deze (rechts)personen zijn ‘zorgdrager’ in de zin van de Archiefwet (artikel 41), hetgeen betekent dat ze er overeenkomstig de regels van de wet een eigen archief op na moeten houden. Jurisprudentie over artikel 1 is schaars, nu de beslissing omtrent al dan niet vernietiging van archiefbescheiden door de bestuursrechter niet als besluit wordt aangemerkt.⁷² Blijkens het jongste jaarverslag van de Erfgoedinspectie wordt de wet bij b-organen niet geweldig nageleefd.⁷³

2.5 De Ambtenarenwet: openbare dienst

Algemeen

Een radicaal ander systeem kent de Ambtenarenwet (AW). Artikel 1, eerste lid, AW verklaart tot ambtenaar in de zin van die wet ‘degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn’. Tot de openbare dienst behoren alle diensten en bedrijven die door de Staat en de openbare lichamen worden beheerd (idem, tweede lid). Het gebeurt nogal eens dat een onderdeel van de overheid in enge zin, dat wil zeggen een openbaar lichaam of een andere publiekrechtelijke rechtspersoon, wordt omgezet in een stichting. Om te voorkomen dat de werknemers door deze constructie hun ambtenarenstatus zouden verliezen, heeft de rechter artikel 1 AW zo uitge-

69. Zie hierover A.E. Schilder, *Privacyregulering en de Awb*, in: J.E.J. Prins & J.M.A. Beekvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2002, p. 118-120.

70. Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 24, 25 en 174.

71. De systematiek van de Archiefwet heeft, zoals we hiervoor zagen, inmiddels ook ingang gevonden in de WOB.

72. ABRvS 3 juli 2002, AB 2003, 396 m.nt. CMB. Zie ook CBB 24 september 2002, LJN AE8690.

73. Zo gaf bij b-organen 4% van alle respondenten aan één of meer vastgestelde selectielijsten te hebben. Bij publiekrechtelijke organisaties was dit 49%. Erfgoedinspectie, *Jaarverslag 2006*, p. 32-33. Zie ook Rijksarchiefinspectie, *De andere overheidsorganen. Archiefwet en zelfstandige Bestuursorganen*, 2000.

legd, dat als de overheid nog overwegende invloed op het beheer van de stichting houdt, de werknemers van die stichting ambtenaar zijn in de zin van de Ambtenarenwet.⁷⁴ Dit geldt ook voor verenigingen; naamloze en besloten vennootschappen worden – tot dusver – niet als zodanig aangemerkt.⁷⁵

Het begrip ‘openbare dienst’ in de Ambtenarenwet werkt weer door in het begrip bestuursorgaan van de Awb. Als bij de rechtspersoon ambtenaren zijn aangesteld, is het bestuur van de rechtspersoon met openbaar gezag bekleed – namelijk waar het betreft de ambtenaarrechtelijke rechtsverhouding – en is het mitsdien een bestuursorgaan (b-orgaan).⁷⁶

Aan welke criteria moet volgens de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) zijn voldaan? Met Van Zutphen⁷⁷ kunnen de volgende vier cumulatieve criteria worden onderscheiden:

1. De overheid heeft een overwegende invloed op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden. Hieronder valt benoemings- en ontslagrecht ten aanzien van bestuurders. Hieraan is ook voldaan als deze bevoegdheid indirect, dat wil zeggen door middel van tussenpersonen, kan worden uitgeoefend.⁷⁸
2. De overheid heeft een belangrijke invloed op de financiën van de rechtspersoon (bijvoorbeeld goedkeuring van de begroting en het afleggen van rekening en verantwoording aan de overheid).
3. De overheid speelt een rol ten aanzien van het personeelsbeleid (toestemming van of bevoegdheid tot aanstelling of ontslag, invloed op het arbeidsvoorwaardenbeleid).
4. Een aantal besluiten van (het bestuur van) de rechtspersoon behoeft goedkeuring door of namens de overheid.

Dat de criteria cumulatief zijn, wordt mooi geïllustreerd door CRvB 6 september 2007 (*Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde*).⁷⁹ Deze stichting had wél onder overwegende invloed van de overheid (gemeente Rotterdam) gestaan, maar door een statutenwijziging was de gemeentelijke bevoegdheid tot goedkeuring van de begroting, het bestuursreglement, het aangaan van overeenkomsten en het nemen van besluiten ten aanzien van het personeel vervallen. Er is, ondanks dat het bestuur nog wel door het gemeentebestuur wordt benoemd en ontslag en benoeming van de

74. Daarover A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1991, p. 87-99 en *Het begrip openbare dienst in de Ambtenarenwet 1929*, NTB 1988, p. 122 e.v., Schroten 2000 en J.A.F. Peters, *De ambtenarenrechtelijke overheid*, NTB 2007, nr. 10, p. 398-401.

75. Zie al CRvB 13 november 1951, AB 1952, 192. CRvB 22 februari 2001, AB 2001, 203 m.nt. HH, waarin het oordeel van de rechtbank dat de betrokken nv, wegens overwegende overheidsinvloed, tot de openbare dienst behoort, ‘op zichzelf niet onjuist’ genoemd, zou wellicht een indicatie kunnen zijn dat de CRvB ‘om’ is, maar bevestiging daarvan is uitgebleven.

76. De parlementaire geschiedenis van de Awb is op dit punt zeer schimmig. Doorslaggevend zijn de beschouwingen van regeringscommissaris Scheltema in de UCV, *Handelingen UCV 1992/93*, nr. 32, p. 43, PG Awb I, p. 144.

77. Van Zutphen 1991, p. 92-93. Zie ook Schroten 2000, p. 32, Peters, noot onder JB 2007, 227.

78. Van Zutphen 1991, p. 93, onder verwijzing naar CRvB 12 september 1985, TAR 1985, 221.

79. JB 2007, 227 m.nt. Peters.

leden van de Raad van Toezicht de goedkeuring van de gemeente behoeven, geen sprake meer van overwegende overheidsinvloed.

Helder is hierbij dat de inhoud en strekking van de taakuitoefening door de betrokken instelling niet relevant is. Het gaat uitsluitend om de formele relatie met de overheid. Op het oog lijkt hier dus een belangrijk verschil te bestaan met de publieke-taakjurisprudentie, waar de publieke taak of de overheidstaak in ieder geval in de kernoverweging een rol speelt. We zagen echter dat het daar *de facto* deels ook gaat om zeggenschap, maar die betreft het bepalen van de criteria voor de taakuitoefening en niet het beheer.

Voor zover

Wat betreft de ambtenaarrechtelijke relatie is van een 'voor zover'-criterium uit de aard der zaak geen sprake: het begrip openbare dienst ziet op de rechtspersoon als zodanig, en betreft niet slechts een deel van de activiteiten. Vanuit het perspectief van de Awb is echter wel degelijk sprake van een incidenteel bestuursorgaan: alleen voor zover handelingen worden verricht jegens een ambtenaar handelt het bevoegd gezag als bestuursorgaan, overigens niet. De bestuursrechter heeft tot dusverre geweigerd het criterium van de overwegende overheidsinvloed uit het ambtenarenrecht door te trekken naar andere bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen.⁸⁰

2.6 Comptabiliteitswet 2001 en Gemeentewet/Provinciewet (rekenkamers): rechtspersonen met een wettelijke taak

Voor de controle op de inkomsten en uitgaven van de overheid bestaat de figuur van de rekenkamer: de Algemene Rekenkamer bij het Rijk op basis van artikel 76-78 Grondwet en de Comptabiliteitswet 2001, decentrale rekenkamers bij gemeenten en provincies op basis van Gemeentewet en Provinciewet. De regeling van de onderzoeksbevoegdheid van de Algemene Rekenkamer en van decentrale rekenkamers kent een heel eigen systeem.

De Algemene Rekenkamer is ingevolge de Comptabiliteitswet 2001 (CW 2001) in de eerste plaats bevoegd onderzoek te doen bij 'het Rijk', waaronder alle ministeries vallen, maar ook de Hoge Colleges van Staat (waar de Rekenkamer zelf ook een voorbeeld van is). Het Rijk omvat alle organen die deel uitmaken van de rechtspersoon de Staat. De Rekenkamer is niet bevoegd ten aanzien van provincies, gemeenten, rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen, bedoeld in artikel 8, eerste lid, van de Wet gemeenschappelijke regelingen, voor zover deze niet bij de wet zijn ingesteld, waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf en Kamers van Koophandel en Fabrieken (artikel 91, zesde lid, CW 2001). Ten aanzien van andere rechtspersonen, dat wil zeggen andere openbare lichamen, rechtspersonen *sui generis*, en privaatrechtelijke rechtspersonen, kent de CW 2001 een ingewikkeld

⁸⁰. Zie de eerder, noot 55, aangehaalde uitspraak inzake NV Luchthaven Schiphol.

systeem.⁸¹ Artikel 91 bepaalt dat de Algemene Rekenkamer onderzoeksbevoegdheden heeft ten aanzien van:

- a. naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de Staat het gehele of nagenoeg het gehele geplaatste aandelenkapitaal houdt;
- b. naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, andere dan onder a bedoeld, waarvan de Staat ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt, indien daarmee een groter financieel belang is gemoeid dan een door de minister van Financiën vast te stellen bedrag;
- c. rechtspersonen, commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma waaraan de Staat of een derde voor rekening of risico van de Staat rechtstreeks of middellijk een subsidie, lening of garantie heeft verleend;
- d. rechtspersonen voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen.

Opvallend aan dit systeem is dat het wat betreft rechtspersonen *sui generis* en privaatrechtelijke rechtspersonen enerzijds een ruimere, en anderzijds een beperktere strekking heeft dan artikel 1:1 Awb. Het is ruimer, omdat er ook privaatrechtelijke rechtspersonen onder vallen die voor een belangrijk deel door de overheid worden gefinancierd. Het is beperkter, omdat zelfstandige bestuursorganen (publiekrechtelijk of privaatrechtelijk vormgegeven) er niet onder vallen als zij niet worden bekostigd door middel van subsidie of heffingen.

De bevoegdheid van *decentrale rekenkamers* vindt haar grondslag in de Gemeentewet respectievelijk Provinciewet. Uitgaande van de Gemeentewet (artikel 184) houdt dat in dat de rekenkamer onderzoeksbevoegdheid heeft ten aanzien van:

- a. openbare lichamen en gemeenschappelijke organen ingesteld krachtens de Wet gemeenschappelijke regelingen, waaraan de gemeente deelneemt, over de jaren dat de gemeente deelneemt in de regeling;
- b. naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid waarvan de gemeente meer dan 50% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt, over de jaren dat de gemeente meer dan 50% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt;
- c. andere privaatrechtelijke rechtspersonen waaraan de gemeente of een derde voor rekening en risico van de gemeente rechtstreeks of middellijk een subsidie, lening of garantie heeft verstrekt ten bedrage van ten minste 50% van de baten van deze instelling, over de jaren waarop deze subsidie, lening of garantie betrekking heeft.

Ook hier dus wat betreft gemeentelijke en provinciale zelfstandige bestuursorganen een opvallend verschil met de systematiek van artikel 1:1 Awb. Daarbij past wel alvast

81. Ik bespreek het hier alleen op hoofdlijnen en dan nog slechts voor zover relevant ter vergelijking met de algemene systematiek van andere wetten die een vorm van een overheidsbegrip hanteren.

de kanttekening dat zbo's bij de decentrale overheid met eigen rechtspersoonlijkheid aanmerkelijk dunner gezaaid zijn dan bij de centrale overheid, omdat zij niet in autonomie kunnen worden ingesteld (zie daarover verder hierna, paragraaf 3.2).

De Algemene Rekenkamer en de decentrale rekenkamers zijn in eerste instantie de uitleggers van hun 'eigen' bevoegdheidsbepalingen: rechters komen er maar zelden aan te pas. De figuur van onderdeel d van artikel 91 CW 2001 (rechtspersonen voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen) staat in de wandeling bekend als de rechtspersoon met een wettelijk taak of RWT.

De Algemene Rekenkamer heeft in het eerste van een reeks rapporten over RWT's beschreven hoe zij haar competentie ten aanzien van deze instellingen ziet.⁸² Meer in het bijzonder gaat het dan om 'een bij of krachtens de wet geregelde taak' en 'de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen'. De Rekenkamer hanteert als uitgangspunt dat als de instelling is opgericht krachtens een machtigingswet, steeds sprake is van een wettelijke taak. Ik neem aan dat dit ook geldt ten aanzien van rechtspersonen waarvan de oprichting ingevolge artikel 34 CW 2001 is 'voorgehangen' bij het parlement.⁸³ Wat betreft 'de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen' is het standpunt van de Rekenkamer dat hieraan is voldaan als 'sprake is van rijksinvloed. Rijksinvloed is er wanneer het tarief in een wettelijke regeling is vastgesteld of wanneer in een wettelijke regeling is bepaald dat de minister invloed heeft op de vaststelling van het tarief doordat hij het goed moet keuren, vast moet stellen of grenzen ervan bepaalt. Op grond hiervan vallen volgens de Rekenkamer de energiedistributiebedrijven bijvoorbeeld binnen de groep rechtspersonen met een wettelijke taak'.⁸⁴ Uit hetzelfde rapport blijkt overigens dat hierover met enkele ministeries verschil van mening bestaat. Zo ziet het ministerie van Economische Zaken deze tarieven 'als een prijs voor een product of een geleverde dienst en daarmee niet als een heffing'.⁸⁵

2.7 Overige Nederlandse wetgeving

Op verschillende plaatsen wordt in wat meer 'perifere' wetgeving een of andere vorm van overheidsbegrip gehanteerd. Zo kent de *Wet op de ondernemingsraden* (WOR) een afzonderlijk hoofdstuk (VIIB), gewijd aan ondernemingsraden bij de overheid. Hier is vooral van belang de aanhef van artikel 46d, die het toepassingsbereik van dit hoofdstuk bepaalt door te spreken van 'een onderneming, waarin uitsluitend of nagenoeg uitsluitend krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht'. De aandacht in literatuur en jurisprudentie gaat hierbij steeds naar de betekenis van deze bepaling, in samenhang met de bepaling dat de medezeggenschap

82. Algemene Rekenkamer, Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak nr. 1, Kamerstukken II 1999/00, 26 982, nr. 2, p. 39-40.

83. Zie hierover hierna, paragraaf 3.3.

84. Algemene Rekenkamer 2000, p. 39.

85. Idem, p. 39-40.

geen betrekking heeft op de publiekrechtelijke vaststelling van taken van publiekrechtelijke lichamen en onderdelen daarvan, of het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen.⁸⁶ Niettemin kan zich hier een afbakeningsprobleem langs lijnen van publiekrecht-privaatrecht voordoen. Daarbij ligt, gezien de aard van de materie en de gekozen formulering, aansluiting bij de Ambtenarenwet voor de hand.

De *Algemene wet gelijke behandeling* (AWGB) maakt, anders dan men zou verwachten, als zodanig geen onderscheid tussen overheid en niet-overheid. Sterker, in artikel 7 AWGB wordt wat betreft het discriminatieverbod bij het aanbieden van goederen of diensten, de 'openbare dienst' op één lijn geplaatst met de uitoefening van een beroep of bedrijf, instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs, en natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf maar het aanbod in het openbaar doen. Niettemin hanteert de Commissie gelijke behandeling (CGB) als vaste lijn dat eenzijdig overheidshandelen niet valt onder artikel 7 AWGB.⁸⁷ Zoontjens zegt daarover: 'Een prealabele kwestie ten opzichte van het voorafgaande is hoe de Cgb kan bepalen wie of wat overheid is. Dat blijkt getuige de jurisprudentie van de Cgb geen vanzelfsprekendheid, in zoverre de daarbij gehanteerde criteria niet duidelijk zijn.' Hij spreekt vervolgens een voorkeur uit voor aansluiting bij artikel 1:1 Awb.⁸⁸

Tot slot van dit – niet-limitatieve – overzicht zij vermeld dat de *Auteurswet* 1912 in artikel 11 bepaalt dat geen auteursrecht bestaat op 'wetten, besluiten en verordeningen, door de openbare macht uitgevaardigd, noch op rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen'. Deze wat cryptische bepaling beoogt – terecht⁸⁹ – werken van de overheid vrij overdraagbaar en vermenigvuldigbaar te maken. Voor ons is interessant wat onder 'openbare macht' moet worden verstaan.⁹⁰ Hierover is maar weinig jurisprudentie beschikbaar. De Hoge Raad heeft in een al wat ouder arrest⁹¹ uitgemaakt dat De Nederlandsche Bank NV (DNB) voor het in omloop brengen van bankbiljetten niet aangemerkt kan worden als openbare macht. DNB is weliswaar belast 'met de medewerking aan dat deel der overheidstaak, dat gelegen is in de zorg voor een goed geregeld geldwezen', maar dat wil nog niet zeggen dat degenen die daarmee zijn belast, deel uitmaken van of optreden vanwege de openbare macht. De Nederlandsche Bank is noch als staatsorgaan, noch als overheidslichaam opgezet. Het is een naamloze vennootschap en haar werkzaamheden liggen niet alleen op het gebied van overheidstaken. Om deze redenen kan zij dus niet als

86. Hierover R. van de Klashorst, Heeft de overheid als ondernemer in de zin van de WOR een medezeggenschapsvrije ruimte?, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 63-78.

87. Hierover P.J.J. Zoontjens, De uitzondering inzake 'eenzijdig overheidshandelen', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens, *Gelijke behandeling. Principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf 2006, p. 122-174.

88. Zoontjens 2006, p. 168.

89. Zie dzz. 1997, p. 56.

90. Zie hierover J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 137-142.

91. HR 14 juni 1968, NJ 1968, 276 m.nt. Hijmans van den Bergh.

deel uitmakende van de openbare macht worden beschouwd en haar optreden ook niet als optreden vanwege de openbare macht worden aangemerkt. De uitgifte van bankbiljetten is geen typische overheidsfunctie. De Hoge Raad concludeert dan ook dat het openbaar maken van bankbiljetten of van de ontwerpen daarvoor 'gewone' auteursrechtelijke bescherming verdient. De Nederlandsche Bank heeft hiervan verschillende malen gebruikgemaakt door via de Auteurswet op te treden (of dat te dreigen) tegen mensen die voor feestelijke gelegenheden kopieën maken van bankbiljetten, voorzien van de beeltenis van het feestvarken. Opmerkelijk is natuurlijk dat de bestuursrechter het omwisselen van bankbiljetten in euro's als de uitoefening van openbaar gezag heeft aangemerkt (zie hiervoor, paragraaf 2.2).

Over artikel 15b Auteurswet (dat eveneens spreekt van openbare macht, maar dat op méér ziet dan wetten, besluiten en verordeningen door de openbare macht uitgevaardigd, rechterlijke uitspraken en administratieve beslissingen) gaat HR 29 mei 1987, NJ 1987, 1003, betreffende postzegels die waren uitgegeven door het toenmalige staatsbedrijf PTT. De Hoge Raad overwoog dat de Postwet 1954 bepaalde dat de Staat het postvervoer doet verrichten door de PTT, dat de in verband met de uitvoering van die taak voorziene uitgifte van postzegels is geregeld in de artikelen 26 en 27 Postbesluit 1955 en de ter uitvoering van dat Besluit door de directeur-generaal van de PTT genomen beschikkingen. Gegeven deze omstandigheden heeft het hof met juistheid geoordeeld dat de openbaarmaking van postzegels door de PTT een openbaarmaking is door of vanwege de openbare macht als bedoeld in artikel 15b Auteurswet. De in het middel genoemde omstandigheid dat 'de werkzaamheden van de PTT niet tot de medewerking aan overheidstaken zijn beperkt' doet daaraan niet af.

2.8 Europees recht⁹²

2.8.1 Algemeen

Rechtstreekse werking van richtlijnen

In het Europese recht is op een aantal manieren relevant wie of wat tot de overheid moet worden gerekend. De eerste manier betreft de werking van richtlijnen.⁹³ Bepalingen van richtlijnen die zich daarvoor lenen kunnen, als zij niet tijdig of niet juist zijn geïmplementeerd, onder een aantal voorwaarden toch rechtstreekse werking

92. Zie hierover uitgebreid E. Steyger, *Wringend recht. Doorwerking van het gemeenschapsrecht bezien vanuit het perspectief van de nationale overheid*, in: E. Steyger e.a., *Europees recht en het Nederlands bestuursrecht*, VAR-reeks 116, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 64-93, E. Steyger, *Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren: Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 9-28 en R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht: De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 41-66. Zie voorts A.J.C. de Moor-Van Vugt m.m.v. E.M. Vermeulen, *Europees bestuursrecht*, Studiepockets Staats- en bestuursrecht nr. 31, Deventer: Kluwer 1998, p. 35.

93. Steyger 1996, p. 66-70 en Widdershoven c.s. 2007, p. 52. Deze laatste wijzen ook nog op de toepasselijkheid van de gemeenschapstrouw (art. 10 EG-Verdrag).

hebben. Die werking is dan wel beperkt tot verticale verhoudingen, dat wil zeggen tussen overheid en particulieren; horizontale werking, dat wil zeggen tussen particulieren onderling, is dan niet aan de orde. Daarvoor moeten we eerst weten wat onder 'overheid' moet worden verstaan. Hiervoor is van belang HvJ EG 12 juli 1990 (Foster),⁹⁴ waarin de vraag voorlag of British Gas Corporation tot de overheid moet worden gerekend. Het Hof overwoog dat: 'it follows from the foregoing that a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the state, for providing a public service under the control of the state and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals is included among the bodies against which the provisions of a Directive capable of having direct effect may be relied upon.'⁹⁵

Voor zover

Als het gaat om een private instelling die slechts voor een deel van haar werkzaamheden voldoet aan de Foster-criteria, is zij dan voor al haar werkzaamheden onderhevig aan de eventuele verticale werking van richtlijnen, of alleen voor zover zij activiteiten verricht die onder Foster vallen? Steyger lijkt het standpunt in te nemen dat er geen 'voor zover'-criterium geldt,⁹⁶ en ik kan mij daar, juist vanwege de aard en systematiek van doorwerking van het Europese recht, wel iets bij voorstellen. Ik heb er echter in de jurisprudentie – bij een, toegegeven, niet al te diepgravende zoektocht – geen duidelijke aanknopingspunten voor gevonden.

2.8.2 Openbare aanbesteding: aanbestedende dienst en publiekrechtelijke instelling

Ook het materiële communautaire recht kent op enkele centrale plaatsen een uitzonderingspositie toe aan overheden of daaraan gelieerde organisaties. Het relevantst voor mijn probleemstelling is het aanbestedingsrecht, dat ook de rijkste bron van jurisprudentie biedt.⁹⁷

Uitgangspunt van de Europeesrechtelijke regels inzake aanbesteding is het voorkomen van marktverstoringen door de overheid bij het inkopen van goederen of diensten. De Europese richtlijnen waar het Nederlandse aanbestedingsrecht op is gebaseerd, hanteren hierbij een specifiek overheidsbegrip, te weten 'aangebestede dienst', waaronder moet worden verstaan⁹⁸ de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door één of meer van deze

94. Zaak C-188/89.

95. Het Hof heeft dit criterium herhaald in de zaken C-253/96 t/m C-258/96, Kampelman e.a., Jurispr. 1997, p. I-6907. Over het Foster-criterium en de rechtstreekse werking van richtlijnen zie ook E. Steyger, De directe toepassing van EG-Richtlijnen door anderen dan de staat, Regemaat 1991, nr. 1, p. 10 e.v.

96. Steyger 1996, p. 68 en 2007, p. 17-18.

97. Ik bespreek hier verder niet in hoeverre dergelijke instellingen vervolgens onder de regels vallen en hoe zij ze moeten toepassen: het gaat mij hier alleen om het in deze context gehanteerde overheidsbegrip.

98. Met name Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEG L 134).

lichamen of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. Voor ons is vooral van belang het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’.⁹⁹ Anders dan men met een Nederlandse staats- en bestuursrechtelijke bril op zou vermoeden, gaat het hier niet alleen om publiekrechtelijk *vormgegeven* entiteiten, maar is het begrip veel breder: het omvat iedere instelling:

- a. die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
- b. die rechtspersoonlijkheid bezit, en¹⁰⁰
- c. waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

De Richtlijn is in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd met behulp van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO).¹⁰¹ In artikel 1, onder q en r, van het BAO is aansluiting gezocht bij het nationale staats- en bestuursrecht door als aanbestedende dienst te omschrijven de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Resteren de andere publiekrechtelijke instellingen, waarvoor de definitie van de richtlijn is gebruikt: een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

1. de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd;
2. het beheer onderworpen is aan toezicht door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of
3. de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

De invulling van het begrip ‘aanbestedende dienst’ door het Hof van Justitie van de EG¹⁰² is gecompliceerd vanwege de gelaagdheid van het begrip en de – onvermijdelijke – casuïstische invulling ervan. Duidelijk is wel dat het begrip ruim en functioneel moet worden uitgelegd.

99. Zie hierover ook de nieuwsbrieven IOEA 1999-2002 van het ministerie van Economische Zaken, die een handzame samenvatting bieden van de jurisprudentie.

100. De vereisten zijn cumulatief: als aan één niet is voldaan, is geen sprake van een publiekrechtelijke instelling. Zie de hierna besproken arresten Mannesmann, Agorà en Excelsior, Adolf Truley en Korhonen.

101. Zie voor definitie van ‘publiekrechtelijke instelling’ art. 1, onder q, BAO en van ‘aanbestedende dienst’ art. 1, onder r, BAO. Inmiddels is bij het parlement een wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet aanhangig die voornoemde Raamwet en het BAO moet vervangen (Kamerstukken I 2007/08, 30 501). Art. 1 van die wet hanteert eenzelfde definitie als het BAO.

Opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard¹⁰³

Uit het arrest Mannesmann¹⁰⁴ volgt dat 'aan de hand van de wettelijke bepalingen of de doelomschrijving van de statuten van een instelling moet worden nagegaan of en in welke mate deze instelling is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. Zelfs als de instelling sinds de oprichting meer commerciële dan publieke taken is gaan verrichten, maar de instelling volgens de statuten nog steeds een taak van algemeen belang heeft, niet zijnde van industriële of commerciële aard, blijft de instelling een publiekrechtelijke instelling. Het maakt voorts geen verschil of de commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon die tot dezelfde groep of hetzelfde concern hoort als de instelling.'¹⁰⁵ De instelling heeft echter geen algemeen belang-taak indien deze de statuten op dit punt heeft gewijzigd.¹⁰⁶ Bovendien kan het feit dat er sprake is van concurrentie aanwijzing zijn dat het niet om een taak van algemeen belang gaat.¹⁰⁷ Het Hof oordeelde tevens dat opdrachten van een instelling als overheidsopdrachten dienen te worden beschouwd indien de instelling zowel publieke als commerciële taken verricht en als aanbestedende dienst wordt aangemerkt.¹⁰⁸

Mannesmann werd toegepast in HR 9 juli 2004, NJ 2005, 97. Daarbij ging het om het volgende. Na een auto-ongeluk op een snelweg moeten de wrakken zo snel mogelijk worden verwijderd. Rijkswaterstaat doet dat niet zelf, maar heeft deze taak uitbesteed aan de Stichting Centraal Meldpunt voor Incidenten (CMI), een samenwerkingsverband van acht alarmcentrales. Het CMI wil de daadwerkelijke berging aanbesteden, maar niet volgens de Europese regels. Volgens de Hoge Raad vloeit uit Mannesmann voort dat een overheidsopdracht deze hoedanigheid niet verliest doordat de rechten en verplichtingen die daaruit voortvloeien, worden overgedragen aan een onderneming die niet kan worden aangemerkt als een aanbestedende dienst.¹⁰⁹ Maar uit dat arrest vloeit weer niet voort dat als een onderneming die geen aanbestedende dienst is een overeenkomst sluit, deze overeenkomst desondanks moet worden beschouwd als een overheidsopdracht, reeds omdat het onderwerp van de overeenkomst verband houdt met een publiekrechtelijke taak.

102. Zie hierover H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland: een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2005, p. 107-117 en E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2001.

103. Daarover E. Steyger, *De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de richtlijn*, preadvies NVVER, SEW 2007, nr. 10, p. 382-384.

104. HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96, Jur. 1998, p. I-73. Zie ook het commentaar van Christopher Bovis in *Common Market Law Review* 1999, p. 205-225.

105. C.J.G.M. Bartels, *Regelgeving aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 112.

106. Nieuwsbrieven IOEA 1999-2002, p. 71.

107. Idem.

108. Van Romburgh 2005, p. 107.

109. Dat CMI geen aanbestedende dienst was, was in cassatie geen geschilpunt.

In *BFI Holding*¹¹⁰ ging het om de inzameling van huishoudelijk afval door een particuliere onderneming (NV ARA), opgericht door de gemeenten Arnhem en Rheden. De vraag – door aspirant-concurrent BFI Holding betwijfeld – of de onderneming was opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, werd door het Hof bevestigend beantwoord: ‘Het begrip behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard sluit niet behoeften uit waarin ook door particuliere onderneming wordt of kan worden voorzien.’ Vervolgens oordeelt het Hof dat: ‘de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling [...] niet af[hangt] van de mate waarin de betrokken instelling voorziet in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard. Evenmin maakt het verschil, of commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon die tot dezelfde groep of hetzelfde “concern” behoort als die instelling.’ In het arrest wordt de nadruk gelegd op de functionele uitleg van het begrip van aanbestedende dienst. Tot slot overweegt het Hof dan ook dat het al dan niet bestaan van ‘algemeen belang’ op basis van objectieve gronden dient te worden beoordeeld. Hierbij is de rechtsvorm van de bepalingen waarin de behoeften van algemeen belang zijn verwoord niet van belang.

In *Agorà en Excelsior*¹¹¹ wordt nader onderzocht wat moet worden verstaan onder het voorzien in behoeften van algemeen belang. Daartoe beziet het Hof wat voor soort instellingen door de lidstaten op de (indicatieve) bijlage bij de aanbestedingsrichtlijn zijn geplaatst. Dit leidt het Hof tot de vaststelling dat ‘een entiteit die tot doel heeft, activiteiten uit te oefenen verband houdend met de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten, geen winstoogmerk heeft, maar wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, en die opereert in een klimaat van concurrentie, [...] geen publiekrechtelijke instelling [is] in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijn [diensten].’ In *Adolf Trully*¹¹² wordt daar nog aan toegevoegd dat ‘behoeften van algemeen belang’ autonoom en eenvormig dienen te worden uitgelegd.

In *Korhonen*¹¹³ benadrukt het Hof dat het voorgestane doel van de overheid met de activiteiten van een onderneming doorslaggevend is. Zo bepaalde het Hof dat ‘een naamloze vennootschap die is opgericht door, eigendom is van en beheerd wordt door een territoriaal lichaam, voorziet in een behoefte in de zin van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, wanneer zij diensten verwerft waarmee wordt beoogd de ontwikkeling van industriële en commerciële activiteiten op het grondgebied van het territoriale lichaam te bevorderen. Om te bepalen of die behoefte geen industrieel of commercieel karakter heeft, dient de verwijzende rechter de omstandigheden te beoordelen waarin die vennootschap is opgericht en de voorwaarden waaronder zij

110. HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96, NJ 1999, 519, AB 1999, 31 m.nt. FHvdB, Gst. 1999, 7096, 4 m.nt. Kortenbach-Buys.

111. HvJ EG 10 mei 2001, NJ 2001, 689.

112. HvJ EG 27 februari 2003, zaak C-373/00, Jur.2003, p. I-1931.

113. HvJ EG 22 mei 2003, NJ 2004, 46.

haar activiteit uitoefent, met name of zij niet hoofdzakelijk een winstoogmerk heeft, al dan niet de met die activiteit verbonden risico's draagt en of zij met openbare middelen wordt gefinancierd.' Het Hof voegt hier nog aan toe dat het bestaan van concurrentie nog niet betekent dat geen sprake is van behoefte van 'algemeen belang' andere dan die van industriële of commerciële aard. Dit levert slechts een weerlegbaar vermoeden op.¹¹⁴

In *Commissie/Spanje*,¹¹⁵ ten slotte, concludeert het Hof dat 'wanneer een organisatie waarvan de Staat de enige aandeelhouder is een belangrijke rol speelt in de uitvoering van het beleid van de regering, verondersteld moet worden dat sprake is van een publiekrechtelijke instelling'. Uiteindelijk komt het Hof tot vier criteria op basis waarvan geconcludeerd kan worden dat de betrokken onderneming zich door andere motieven laat leiden dan puur economische, te weten 'het ontbreken van mededinging op de markt, het niet hoofdzakelijk hebben van een materieel winstoogmerk, het niet dragen van de met die activiteit verbonden risico's alsook het financieren van de betrokken activiteit met openbare middelen'.

Het arrest *Amphia*¹¹⁶ draait om de vraag of de Stichting Amphia, die een drietal ziekenhuizen exploiteert en voor een daarvan een nieuwe productiekeuken en nieuwe voedselverdeelwagens wil aanschaffen. Het met die aanschaf gemoeide bedrag overschrijdt het in richtlijn nr. 93/36 genoemde drempelbedrag. Dat zij rechtspersoonlijkheid heeft staat vast, maar ter discussie stond of zij was opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en of zij door de overheid wordt gefinancierd. Het hof had zich bij de vraag of Amphia is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang als bedoeld in de richtlijn, uitsluitend gebaseerd op de statutaire doelomschrijving, volgens de Hoge Raad ten onrechte. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (met name *Agorà en Excelsior* en *Adolf Truly*) volgt dat moet worden gelet op alle relevante elementen, rechtens en feitelijk, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is. Daarbij moet worden bedacht dat het ontbreken van concurrentie geen noodzakelijk element is van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling. Het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting indien het niet van belang heeft geacht dat algemene ziekenhuizen vanaf 1 januari 2003 de ruimte hebben om, mede op het gebied van prijzen, te concurreren en ook daadwerkelijk opereren in een klimaat van concurrentie, dat eiseres weliswaar geen winstoogmerk heeft, maar wordt bestuurd (en door zorgverzekeraars wordt aangestuurd) op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, en evenmin dat algemene ziekenhuizen (in toenemende mate) exploitatierisico's dragen. Voor zover het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, maar heeft geoordeeld dat hetgeen eiseres met betrekking tot de in de vorige zin genoemde onderwerpen naar voren had gebracht niet aan het bestreden oordeel in de weg stond, behoefde dat nadere motivering.

114. Van Romburgh 2005, p. 110.

115. HvJ EG van 16 oktober 2003, zaak C-283/00, Jur. 2003, p. I-11697.

116. HR 1 juni 2007, NJ 2007, 463 m.nt. M.R. Mok, BR 2007, 900 m.nt. J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro.

Rechtspersoonlijkheid

Instellingen die geen rechtspersoon zijn kunnen toch aanbestedingsplichtig zijn. Het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ dient functioneel te worden uitgelegd.¹¹⁷ In het arrest *Beentjes*¹¹⁸ overweegt het Hof dat ‘de samenstelling en taak van de betrokken organisatie bij de wet was geregeld, de nakoming van de uit het handelen van de organisatie voortvloeiende verplichtingen gegarandeerd werden door de staat, en de staat de door de organisatie in uitvoering gegeven openbare werken financierde’.¹¹⁹ Indien een instelling geen rechtspersoon is, dient nagegaan te worden of de instelling kenmerken heeft van een publiekrechtelijke rechtspersoon (*Connemara*-arrest¹²⁰).¹²¹

Financiering of overwegende invloed

Het laatste van de drie cumulatieve criteria om van een publiekrechtelijke instelling te kunnen spreken, betreft de financiële en bestuurlijke invloed die de overheid heeft, te weten dat zij wordt gefinancierd door een aanbestedende dienst, dat deze toezicht op het beheer heeft en meer dan de helft van de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan benoemt.

Wanneer is sprake van ‘in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd’? Uit *Cambridge*¹²² blijkt dat het moet gaan om betalingen die de activiteiten van de betrokken instelling financieren of ondersteunen, waardoor een afhankelijkheidsrelatie ontstaat. Deze relatie is echter wel anders dan de afhankelijkheid in de normale commerciële situatie. Hierbij gaat het in het bijzonder om het verstrekken van financiële steun zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat.¹²³ Het Hof voegt eraan toe dat ‘in hoofdzaak’ meer dan de helft betekent. Alle inkomsten, inclusief inkomsten voortvloeiende uit commerciële activiteiten, dienen bij de berekening van het percentage te worden meegenomen.¹²⁴ In het eerder aangehaalde *Amphia*-arrest overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar *Cambridge* dat slechts dan van overheidsfinanciering in de zin van de richtlijn sprake is indien financiering wordt verstrekt zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat. Tegenover de door instellingen als eiseres via de Algemene Kas als bedoeld in artikel 1q Ziekenfondswet en de ziekenfondsen uit de ziekenfondspremies ontvangen gelden stond wel een specifieke tegenprestatie, te weten de zorg die zij krachtens de ingevolge artikel 44 Ziekenfondswet met de ziekenfondsen gesloten overeenkomsten dienden te verlenen. Dit had het hof miskend. Of de benadering van *Amphia* nog juist is, is onzeker¹²⁵ na *Bayerische Rundfunk*.¹²⁶ Het Hof overweegt daarin dat als een publieke omroep programma’s verzorgt en daartoe grotendeels

117. Bartels 2006, p. III.

118. HvJ EG 20 september 1998, zaak 31/87, NJ 1991/104.

119. Bartels 2006, p. III.

120. HvJ EG 17 december 1998, zaak C-306/97, 1998, p. I-08761.

121. Nieuwsbrieven IOEA 1999-2002, p. 72.

122. HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98.

123. Nieuwsbrieven IOEA 1999-2002, p. 73.

124. Idem.

125. Steyger preadvies NVVER, p. 384.

126. HvJ EG 13 december 2007, zaak C-337/06, nog niet gepubliceerd.

via een bestemmingsheffing krachtens wettelijke grondslag wordt gefinancierd, dit als zodanig geen specifieke tegenprestatie in de zin van *Cambridge* constitueert.

Het toezicht op het beheer dient functioneel te worden uitgelegd. Het gaat om een sterke vorm van afhankelijkheid van de overheid. De toezichtbepalingen dienen zodanige afhankelijkheid te creëren, dat de overheid de beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.¹²⁷ In het *woningcorporatie-arrest*¹²⁸ benadrukt het Hof dat het toezicht een afhankelijkheid jegens de overheid dient te scheppen 'die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria is voldaan, te weten dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, of dat de overheid meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen van de HLM-vennootschap aanwijst.' Uit het *Forestry Board-arrest*¹²⁹ blijkt dat ook indirecte invloed door een aanbestedende dienst op het plaatsen van overheidsopdrachten als toezicht kan worden aangemerkt.¹³⁰

Bij benoeming van meer dan de helft van de leden wordt met name bedoeld op de directieleden, de algemene vergadering van aandeelhouders van een vennootschap, de leden van de raad van commissarissen of de leden van een raad van toezicht. Indien één of meer overheidsorganen meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen mogen benoemen (zowel op grond van de statuten als op grond van de wet), betekent dit dat een sterke mate van afhankelijkheid bestaat.¹³¹

Voor zover

Ook hier doet zich de vraag voor of een private instelling die slechts voor een deel van haar werkzaamheden voldoet aan de hiervoor geschetste criteria, voor alles wat zij doet verplicht is zich overeenkomstig de aanbestedingsregels te gedragen, of alleen indien de opdracht gerelateerd is aan de taak/organisatorische arrangementen die volgens die jurisprudentie relevant zijn. In *Mannesmann* werd immers uitdrukkelijk onder ogen gezien dat een aanbestedende dienst ook commerciële taken kan verrichten. Is een universiteit die een publieke taak behartigt maar daarnaast ook (ik moet helaas zeggen: steeds meer) commerciële activiteiten verricht, aanbestedingsplichtig als men een nieuw complex van onderwijszalen neerzet, uitsluitend bedoeld om commerciële post-initiële leergangen te verzorgen?

Ik heb hierover in de literatuur noch de jurisprudentie aanknopingspunten kunnen vinden, maar evenals bij de verticale werking van richtlijnen (zie hiervoor, paragraaf 2.8.1) kan ik mij ook hier wel iets voorstellen bij een aanbestedingsplicht over de hele linie van de rechtspersoon, al was het maar vanwege de feitelijke onmogelijkheid voor het Hof om dit onderscheid in de (jurisprudentiële) praktijk te maken. *A fortiori* lijkt het me dat als de opdracht in ieder geval deels ook betrekking heeft of kan hebben op de activiteit die onder de criteria van het Hof valt (in de PAO-zalen kán ook regulier onderwijs worden gegeven), de hele opdracht volgens de aanbestedingsregels moet plaatsvinden.

127. Bartels 2006, p. 113.

128. HvJ EG 1 februari 2001, zaak C-237/99, Jur. 2001, p. I-939.

129. HvJ EG 17 december 1998, zaak C-353/96, 1998, p. I-08565.

130. Nieuwsbrieven IOEA 1999-2002, p. 75.

131. Van Romburgh 2005, p. 115.

2.9 Het EVRM¹³²

*Algemeen*¹³³

De rechten van de mens zoals die in het EVRM zijn gegarandeerd, moeten in de eerste plaats door de overheid in acht worden genomen. Volgens Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) 1 maart 2005 (*Pools-Duits Verzoeningsfonds*)¹³⁴ kan de overheid zich niet ontdoen van de verplichting de rechten van het EVRM te verzekeren door taken en bevoegdheden over te dragen aan private partijen of individuen. Hoewel het EVRM geen verbod inhoudt om bevoegdheden (voortvloeiend uit internationaal recht) over te dragen aan privaatrechtelijke organisaties, dient ook in dat geval de waarborging van de rechten neergelegd in het EVRM verzekerd te zijn.

Civil rights and obligations (artikel 6 EVRM)

De vraag wie of wat overheid is, is vanuit het perspectief van het EVRM niet alleen van belang omdat de overheid de grondrechten in acht moet nemen. Overheden zijn zelf in beginsel¹³⁵ geen dragers van grondrechten: ook daar dus een afbakeningsprobleem. In dat verband is bijvoorbeeld artikel 6 EVRM, dat bepaalde waarborgen koppelt aan het begrip 'civil rights and obligations', interessant. Die waarborgen kan de overheid niet inroepen ter bescherming van haar eigen rechten, omdat deze niet 'civil' van aard zijn. Waar ligt dan de grens? In EHRM 18 juni 2002 (*Woonbron*)¹³⁶ konden woningcorporaties zich in een (subsidie)geschil met de Staat niet op artikel 6 EVRM beroepen. Het Hof overwoog dat de positie van de woningcorporaties jegens de overheid niet vergelijkbaar is met die van individuele burgers die in een subsidierelatie tot de overheid staan. Het statutaire doel van de corporaties en hun rol op het gebied van de woningbouw ('the field of public housing') betreft het behartigen van een algemeen belang ('of a typical general interest character'), ook al zijn het privaatrechtelijke rechtspersonen.

'[I]n setting up or adjusting subsidy schemes for providing financial support for the construction and maintenance of public housing to these kind of institutions, a State clearly avails itself of public-authority prerogatives, which cannot be regarded as directly affecting civil rights and obligations in the sense of Article 6 § 1 of the Convention. It therefore considers that the matters complained of are to be seen as falling mainly within the field of public law and, consequently, fall outside the scope of Article 6 § 1 of the Convention under its civil head.'

132. Zie ook Véronique van der Plancke & Nathalie Van Leuven, La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'Homme: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé?, <<http://cridho.cpd.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2007-3.pdf>>.

133. Zie hierover ook H.J. Simon, Commentaar op art. 1:1 Awb, in: N.S.J. Koeman e.a. (red.), Handboek Algemene wet bestuursrecht (losbl.).

134. AB 2006, 258 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik. Zie voor verdere jurisprudentie het in die noot gegeven overzicht.

135. Zie echter HR 22 januari 1993, AB 1993, 198 m.nt. FHvdB (Rost van Tonningen).

136. Application no. 47122/99, NJB 2002, nr. 35, NJCM-bulletin 2003, nr. 6, p. 785-789 m.nt. Verheij.

2.10 Conclusies

In dit hoofdstuk werd een overzicht gegeven van de verschillende manieren waarop in onze rechtsorde het overheidsbegrip door wetgeving en jurisprudentie wordt gedefinieerd en ingevuld. Daarbij laten zich twee typen benaderingen onderscheiden, te weten een functionele en een organisatorische.¹³⁷ Een functionele benadering ziet op de inhoud van de handelingen die de instelling verricht respectievelijk kan verrichten, ongeacht de interne organisatorische structuur of de invloed die entiteiten buiten de instelling hierop kunnen uitoefenen. Een organisatorische benadering ziet weer uitsluitend op de organisatie (inclusief de invloed van buitenstaanders vooraf en achteraf, en de financiering), en niet op de inhoud van de handelingen die de instelling kan verrichten.¹³⁸

Een functionele benadering zien we in artikel 1:1, eerste lid, onder b, Awb waar het gaat om openbaar gezag krachtens wettelijk voorschrift en in het Woonbron-arrest van het EHRM. Een organisatorische benadering treffen we aan bij het begrip ‘openbare dienst’ onder de Ambtenarenwet, bij artikel 3 WOB (een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf), en bij de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer inzake rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT’s).

Heel vaak gaat het echter om een combinatie van beide benaderingen. Heel duidelijk is dat zichtbaar in het Europese aanbestedingsrecht, maar we zien het ook in de publieke-taakjurisprudentie ter zake van de b-organen. Alleen al in de standaard-overweging (‘een taak die de overheid aan zich heeft getrokken en die met overheidsgeld wordt bekostigd’) zitten een functioneel (taak) en een organisatorisch (aan zich heeft getrokken respectievelijk financiering) aspect, en daar komt in de praktijk van de jurisprudentie nog een organisatorisch element bij (de zeggenschap over de taakuitoefening), terwijl het functioneel de aandacht trekkende ‘overheids-taak’ nauwelijks een rol blijkt te spelen.

Een ‘voor zover’-criterium treffen we in vrijwel alle gevallen aan: een belangrijke uitzondering is – waarschijnlijk – gelegen in het Europese (aanbestedings)recht.

Ten slotte toont het overzicht aan dat het overheidsbegrip in wetgeving en jurisprudentie vaak onduidelijk is en contextueel bepaald. Op de terreinen die ik heb geschetst ging het, gezien de ermee samenhangende waarborgen, vaak om een zo ruim mogelijk overheidsbegrip om door constructies van ‘de overheid in vermomming’ heen te kunnen prikken. De rechter moet daarbij – soms zichtbaar – schipperen tussen een te ruim en een te eng begrip.

¹³⁷. Zie Bense & Zijlstra 1994.

¹³⁸. Zie voor zo’n benadering ook art. 1:1, eerste lid, onder a, Awb.

3 Gebruik van particulieren en privaatrechtelijke organisaties bij de behartiging van publieke belangen

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 zagen we aan de hand van het voorbeeld van de vuilnisophaal hoe ‘vloeiend’ de grenzen van de overheid kunnen zijn. In dezelfde materiële context (inzamelen van vuilnis) kan sprake zijn van overheid of niet-overheid, en dit kan zelfs van puur privaatrechtelijke constructies (statuten) afhangen.

De willekeur is in die zin echter weer niet zo groot als het lijkt, omdat de vrijheid van de overheid om gebruik te maken van particuliere organisaties ter behartiging van een publiek belang of de uitvoering van een publieke taak, niet onbeperkt is. We zagen dit al bij het voorbeeld van de vuilnisophaal, waar een aantal verschillende uiteenlopende vormen van het gebruik van particuliere organisaties door de overheid de revue passeerde. Bij sommige varianten werd al gezegd ‘dat mag niet’, bij andere ‘dat mag alleen als ...’

Er bestaan dan ook uiteenlopende procedurele en inhoudelijke regels voor het gebruik van particulieren en privaatrechtelijke organisaties door de overheid.¹³⁹ De meest algemene regels richten zich vooral op de organisatierechtelijke kant: oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen. Daarnaast volgt uit het algemene bestuursrecht en het systeem van de (met name organieke) wetgeving een aantal regels wat betreft bevoegdheidstoedeling. Ik bespreek de relevante rechtsregels hierna. Aan de orde komen achtereenvolgens toedeling van taken en bevoegdheden (paragraaf 3.2), het door de overheid oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen (paragraaf 3.3), normering van en controle op de taakuitoefening (paragraaf 3.4), bijzondere regimes (paragraaf 3.5), het gebruik van particulieren als particulieren binnen het openbaar bestuur in enge zin, dat wil zeggen in openbare lichamen voor beroep en bedrijf en in zbo's/rechtspersonen sui generis

139. Zie hierover algemeen J.B.J.M. ten Berge (red.), *Privaatrechtelijke organisatievorming in het brandpunt*. Preadviezen t.b.v. de Raad voor het binnenlands bestuur, Den Haag: Rbb 1991; G.M. Kuiper e.a., *Verzelfstandiging: publiek of privaat?*, Deventer: Kluwer 1992; C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1994; C.P.J. Goorden, M.M. den Boer & F.K. Buijn, *Zbo's, verzelfstandiging en privatisering*. Preadvies Vereniging voor Administratief Recht, VAR-reeks 118, Alphen a/d Rijn: Samsom 1997.

van het ‘participatietype’ (paragraaf 3.6), en publiek-private samenwerking (paragraaf 3.7). In paragraaf 3.8 trek ik kort enkele conclusies.

Eerst nog een korte opmerking over de term ‘gebruik’ van particulieren en privaatrechtelijke organisaties bij de behartiging van publieke belangen. Dat suggereert een overheidsgecentreerde, top-downbenadering die er in werkelijkheid vaak niet is en ook niet behoort te zijn. Om wetgeving en jurisprudentie goed in kaart te kunnen brengen, is in het kader van mijn probleemstelling het perspectief van de overheid¹⁴⁰ echter het bruikbaarst.

3.2 Toedeling van taken en bevoegdheden

Taaktoedeling

Het recht, in het bijzonder het publiekrecht, richt zich op bevoegdheden (die in het publiekrecht veelal tevens plichten impliceren). Het publiekrecht kan niet zoveel met taken zolang er niet tevens bevoegdheden mee verbonden zijn. Taken zijn, net als ‘beleidsdoeleinden’ en ‘verantwoordelijkheden’, politieke of bestuurlijke categorieën die vaak pas rechtens relevant worden als zij met bevoegdheden gepaard gaan.¹⁴¹

Dit laat onverlet dat in de bijzondere wetgeving op tal van plaatsen taken zijn omschreven waarvan de behartiging bij een bestuursorgaan is gelegd. Soms is dan ook bepaald in hoeverre daarbij particulieren kunnen worden ingeschakeld, maar vaak is dat niet het geval. In algemene zin kan over de mogelijkheden daartoe uit juridisch oogpunt weinig worden gezegd. Taken die niet bestaan in de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden kan de overheid aan burgers en particuliere organisaties overdragen of overlaten, zij het dat de betrokken wettelijke voorschriften daaraan in de weg kunnen staan en er inhoudelijke of procedurele voorschriften voor kunnen stellen, en behoudens eventuele andere contra-indicaties. Zie in deze zin expliciet HR 9 juli 2004 (SIM):¹⁴²

‘Het is op zichzelf juist dat het beheer van het hoofdwegenet behoort tot de taak van de Staat en dat die beheerstaak als zodanig niet overdraagbaar is. Dit betekent echter niet dat het de Staat niet vrij zou staan bepaalde werkzaamheden die in het kader van die beheerstaak vereist zijn, aan derden, zoals in het onderhavige geval de verzekeraars over te laten.’

Voor het overige is de vraag naar de mogelijkheden tot inschakeling van particulieren zeer contextueel bepaald. Het eerder geschetste wettelijke stelsel van de vuilnisophaal laat bijvoorbeeld een zekere begrenzing zien. Iets vergelijkbaars komen we tegen bij het plaatsen van verkeersborden.

¹⁴⁰. Zie hierna, paragraaf 4.3.

¹⁴¹. Vgl. ook de parlementaire geschiedenis van de Awb, aangehaald in hoofdstuk 2, noot 10, waar gesproken wordt van ‘een of meer overheidstaken zijn opgedragen, en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend’.

¹⁴². NJ 2005, 97.

De behartiging van de veiligheid en de goede doorstroming van het verkeer is een publieke taak, waarvoor de minister van Verkeer en Waterstaat een algemene verantwoordelijkheid draagt,¹⁴³ maar waarvoor ook andere overheden verantwoordelijk zijn, aldus de memorie van toelichting bij de begroting 2008 van het ministerie van Verkeer en Waterstaat.¹⁴⁴ In dat kader dienen verkeersborden te worden geplaatst. De plaatsing van een verkeersbord is een feitelijke handeling, maar als er een verbod of gebod door ontstaat of wordt gewijzigd, is er een verkeersbesluit voor nodig (artikel 15 en 18 Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994)). Dat besluit moet de overheid – per definitie – nemen. Zelfs al wordt dit gemandateerd aan een stichting (gesteld even dat dat zou mogen¹⁴⁵), dan blijft het de uitoefening van openbaar gezag, en volgt de publiekrechtelijke normering iedere inschakeling van een particulier. Ook zou men de administratie van de verkeersbesluiten kunnen uitbesteden. En het plaatsen zelf? Artikel 16 WVW 1994 bepaalt dat de borden worden geplaatst of verwijderd ‘door de zorg’ van het gezag dat het verkeersbesluit heeft genomen. Dit betekent niet dat het bevoegd gezag of daarvoor werkzame ambtenaren dat moeten doen, maar helemáál overlaten aan een marktpartij kunnen zij dit ook weer niet. Men kan dit uitbesteden, waarbij – als het boven een bepaald bedrag is – tevens openbare aanbesteding moet plaatsvinden. De regulering van die werkzaamheden kan bij wettelijk voorschrift plaatsvinden, bij algemene voorwaarden (tevens beleidsregels) of in een concreet contract. Voor de keuze om bij de plaatsing van verkeersborden particuliere organisaties in te schakelen, geeft de betrokken wetgeving dus wel aanknopingspunten, maar zeker geen volledig antwoord. Hierin lijkt het voorbeeld sterk op dat van de vuilnisophaal uit hoofdstuk 1.

Varianten

Maar zelfs als de wetgever een taak expliciet heeft aangeduid als een publieke taak, hoeft de overheid haar niet zelf te behartigen. Wij zagen dat al bij het voorbeeld van de vuilnisophaal: door de wetgever aangeduid als een publieke taak, maar die hoeft de gemeente niet zelf te behartigen. Ook is daarbij niet aangegeven op welke manier de publieke taak aan een particuliere organisatie kan worden opgedragen.

Het met of door particulieren verrichten van publieke taken kan op uiteenlopende manieren gebeuren.¹⁴⁶ In de eerste plaats hoeft er van een echte taaktoedeling geen sprake te zijn: het kan zijn dat de taak al door het particulier initiatief wordt behartigd en dat de overheid alleen bewaakt of het resultaat vanuit het publieke belang adequaat is. De ervaring leert dat de overheid in de meeste gevallen een indringender bewaking pleegt dan alleen monitoring van het resultaat. Dat heeft als achtergrond dat de overheid vaak meent dat de taak zodanig belangrijk is, dat het niet aanvaardbaar is om pas bij het resultaat vast te stellen dat het beneden de maat is. Ook wordt vaak geëist dat de organisatie en besluitvorming van de particuliere organisatie aan

¹⁴³. Vgl. S.E. Zijlstra & K. Wilkeshuis, Verantwoordelijkheid: bevoegdheid en publieke taak, in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen, Reeks publicaties van de Staatsrechtkring, nr. 25, Deventer: Kluwer 2006, p. 9-18.

¹⁴⁴. Kamerstukken II 2006/07, 30 800, hoofdstuk XII, nr. 2, p. 42.

¹⁴⁵. Zie daarover hierna.

¹⁴⁶. De vraag of de particulier daarmee ‘met een publieke taak is belast’ en zo ja, wat dat juridisch betekent, laat ik hier liggen: zij komt uitgebreid in hoofdstuk 4 aan de orde.

bepaalde eisen van democratie en transparantie voldoen, hetgeen leidt tot nadere regulering bij wettelijk voorschrift of subsidievoorwaarde.

Uit juridisch oogpunt kan men bij taaktoedeling aan particulieren verschillende varianten onderscheiden. Deze varianten sluiten elkaar niet altijd uit. Zo wordt de vuilnisophaal bij uitvoeringscontract gegund, waarbij tevens een aanbesteding zal plaatsvinden; dat contract gaat tevens met een (aanwijzings)besluit in de zin van artikel 1:3 Awb gepaard.¹⁴⁷ Mandaat geschiedt bij besluit, maar kan in de vorm van een overeenkomst plaatsvinden. Ook dit zou kunnen worden aanbesteed. Wat betreft de inhoud van de betrokken taak moeten we een onderscheid maken tussen taken die bestaan uit openbaar gezag en taken waarbij dat niet het geval is.

Toekenning van openbaar gezag algemeen

Bij openbaar gezag doen zich naar de huidige stand van de jurisprudentie de volgende varianten voor:¹⁴⁸

- attributie (incl. erkenning);
- delegatie;
- mandaat;
- Silicose-constructies;
- verwerving van overwegende overheidsinvloed (leidt tot bevoegdheid ambtenaren aan te stellen).

Attributie van openbaar gezag aan private instellingen door de wetgever komt men niet veel tegen. Voorbeelden daarvan zijn De Nederlandsche Bank NV (Wet financieel toezicht) en de bijzondere universiteiten (WHW). Het komt vaker voor dat de wetgever een bevoegdheid creëert die pas kan worden uitgeoefend wanneer zij aan een daartoe aangewezen (natuurlijke of) rechtspersoon is toegekend (veelal door de figuur van de 'erkenning',¹⁴⁹ zoals de APK-keuringsstations op basis van artikel 78 Wegenverkeerswet 1994). Ook dit is een vorm van attributie, zij het dat men misschien zou moeten spreken van 'voorwaardelijke' attributie.¹⁵⁰ Attributie vereist een grondslag in een wettelijk voorschrift.¹⁵¹

Delegatie aan privaatrechtelijke rechtspersonen ziet men bijvoorbeeld bij de Nederlandse Onderneming voor Energie en Milieu BV,¹⁵² de Stichting Fonds PGO en de Stichting Stimuleringsfonds Openbare Gezondheidszorg.¹⁵³ Ook voor delegatie is een grondslag in een wettelijk voorschrift nodig (artikel 10:15 Awb).

Mandaat aan privaatrechtelijke rechtspersonen komt op grote schaal voor, doordat hiervoor geen wettelijke grondslag nodig is (artikel 10:3 Awb).¹⁵⁴ Voorbeelden

147. Zie Van Ommeren & Vermont 2007, p. 31-33.

148. Vgl. Peters & Zijlstra 2008.

149. Dit is een ander soort 'erkenning' dan waar Voermans in zijn oratie over spreekt (Wim Voermans, Toedeling van bevoegdheid (oratie UL), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 3-19).

150. Zie mijn Het aanwijzingsbesluit bestuursorganen Wob en WNo, NTB 1994, 5, p. 132-133.

151. Zie Voermans 2004, p. 3.

152. Art. 3, eerste lid, sub c, Kaderwet EZ-subsidies jo. Regeling delegatie bevoegdheid beschikkingen op grond van Subsidieregeling energievoorzieningen in de non-profit en bijzondere sectoren, Stcrt. 1998, 46.

153. Art. 3 Kaderwet volksgezondheidssubsidies jo. Tijdelijke regeling delegatie subsidiebevoegdheid aan PGO en OGZ, Stcrt. 2004, 67.

154. Zie hierover uitgebreid S.E. Zijlstra e.a., Algemeen bestuursrecht 2001. Mandaat en delegatie, onderzoek in het kader van de tweede evaluatie Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 92-96.

bieden het mandaat van de minister voor Ontwikkelingssamenwerking aan de Nederlandse Financierings-Maatschappij voor Ontwikkelingslanden NV (FMO) inzake de uitvoering van een subsidieregeling,¹⁵⁵ en het mandaat van de minister van Verkeer en Waterstaat aan classificatiebureaus om namens hem certificaten voor zeeschepen op basis van de Schepenwet te verlenen.¹⁵⁶ Intussen kan de aard van de bevoegdheid zich wel tegen de mandaatverlening verzetten (artikel 10:3, eerste lid, Awb), waarbij de positie van de (aspirant-)gemandateerde een rol kan spelen.¹⁵⁷

We zagen in paragraaf 2.2 hoe casuïstisch de Silicose-jurisprudentie in elkaar steekt. Daaruit volgt dat niet met precisie valt te zeggen hoe men op die manier openbaar gezag toekent. De rechtspersoon hoeft in ieder geval niet zelf door de overheid te worden opgericht: wel moet het geld voor een groot deel van de overheid komen en is het (statutair, contractueel of anderszins) voorbehouden van zeggenschap over de taakuitoefening van belang.

Bij alle hiervoor besproken varianten speelt de vraag of het openbaar gezag nu wordt toegekend aan de rechtspersoon of het bestuur daarvan.¹⁵⁸ Men kan erover twisten welke de juiste is – ik meen dat voor beide wat te zeggen valt – maar uit de jurisprudentie komt in ieder geval niet naar voren dat keuze voor de ene of de andere variant een bevoegdheidsgebrek kan opleveren.

De *overwegende overheidsinvloed* die ambtenaarschap en daarmee openbaar gezag meebrengt, wordt over het algemeen bewerkstelligd door het vastleggen van deze invloed (samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden, financiën, personeelsbeleid, goedkeuring van besluiten) in de statuten en reglementen van de rechtspersoon. Het komt ook wel voor dat één of meer van deze instrumenten in een wettelijk voorschrift zijn neergelegd.¹⁵⁹

Toekenning van openbaar gezag bij de centrale overheid: artikel 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Bij de centrale overheid geldt vanaf 1 februari 2007 een wettelijk verbod op het toekennen van openbaar gezag aan privaatrechtelijke rechtspersonen anders dan bij of krachtens de wet (artikel 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

Daarvóór gold dit uitgangspunt als uitvloeisel van de beginselen van de democratische rechtsstaat, en was het ook neergeslagen in de Aanwijzingen voor de regelgeving (Awr 124b). Voor delegatie viel dit al onder de eis van een wettelijk voorschrift van artikel 10:15 Awb.¹⁶⁰ De wetgever heeft dit wat privaatrechtelijke rechtspersonen

155. Zie Stcrt. 2005, 105 en 2006, 29.

156. Voorbeeld ontleend aan het hierna, noot 166, aangehaalde Afwegingskader publieke taakopdracht aan derden, p. 11.

157. Bijvoorbeeld CRvB 10 november 1994, JB 1994, 345 m.nt. Vlemminx onder 346, TAR 1995, 8 m.nt. Goorden op p. 437-439 en CRvB 10 november 1994, JB 1994, 346 m.nt. Vlemminx, TAR 1995, 9 m.nt. Goorden op p. 437-439. Vgl. ook Ktr. Leeuwarden 11 juni 1998, JB 1998, 167, Rawb 1998, 152 m.nt. J.A.F. Peters.

158. Zie al V.zr. ARvS 19 maart 1982, AB 1982, 411 m.nt. HJdR, waarin het openbaar gezag de Stichting als zodanig wordt toegedicht. Over dit probleem ook Peters, JBplus 2004, p. 78-79.

159. Zie daarover verder hierna in paragraaf 3.4.

160. Zie voor een – impliciet – voorbeeld, ook relevant in verband met zelfregulering (zie het preadvies van Van Gestel), ABRvS 24 januari 2007, AB 2007, 166 m.nt. Peters (verdeling van de totale hoeveelheid bevisbaar mosselbestand niet aan een coöperatieve vereniging overlaten).

betreft nu dus nog strikter geregeld. Voorts is de toekenning inhoudelijk genormeerd: zij mag alleen plaatsvinden als dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang en er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden (idem, tweede lid).

Deze bepaling, die bij amendement is ingevoegd, heeft op wettelijke toekenningen van openbaar gezag althans in juridische zin weinig invloed: een bijzondere wet die voorziet in toekenning van openbaar gezag aan een private instelling zal als *lex specialis* altijd voorgaan, ook al is niet voldaan aan de inhoudelijke norm van artikel 4, tweede lid, Awb. Wel is de bepaling richtsnoer voor de bijzondere wetgever, met het mede-ondertekeningsrecht van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (artikel 6 Awb) als legislatief handavingsinstrument.

Ook brengt artikel 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen mee dat een algemene maatregel van bestuur niet kan voorzien in attributie of delegatie aan een privaatrechtelijke rechtspersoon als dit niet in de wet in formele zin mogelijk is gemaakt. Zo bepaalt de Kaderwet subsidies ministerie van Buitenlandse Zaken in artikel 3 dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verstrekt nader worden bepaald en nadere regels voor die verstrekking worden vastgesteld (lid 1). Ingevolge lid 2 kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling voorts regels worden vastgesteld met betrekking tot de aanvraag van een subsidie en de besluitvorming daarover. Zou men van eerdergenoemde FMO een zelfstandig bestuursorgaan willen maken door haar de subsidiebevoegdheid die zij thans in mandaat uitoefent, rechtstreeks te attribueren, dan is artikel 3 van Kaderwet subsidie ministerie van Buitenlandse Zaken zoals dat nu luidt, daarvoor een onvoldoende basis.

Minstens zo belangrijk is dat zij in ieder geval naar de letter in de weg staat aan buitenwettelijke toekenning van openbaar gezag aan privaatrechtelijke rechtspersonen, te weten de *Silicose*-constructie en de overwegende overheidsinvloed.¹⁶¹ Als ik het goed zie, geldt dat ook voor bestaande constructies.¹⁶²

Toekenning van openbaar gezag bij decentrale overheden: gesloten stelsel

Bij decentrale overheden kent men eenzelfde beperking. Daar vloeit zij echter niet voort uit een expliciete wettelijke bepaling, maar uit het systeem van de organieke wetgeving: het zogeheten 'gesloten stelsel' van bevoegdheidsverdeling. Dit houdt in dat bestuursbevoegdheid alleen mag worden geattribueerd of gedelegeerd aan de organen die de betrokken organieke wet in formele zin kent. Het attribueren of delegeren van bestuursbevoegdheid aan anderen dan deze organen is – behoudens een grondslag in een bijzondere wet in formele zin – niet toegestaan. Openbaar gezag

¹⁶¹. De regering lijkt dit in haar oordeel over het amendement over het hoofd te hebben gezien (Kamerstukken II 2001/02, 27 426, nr. 57, p. 4). Zie ook mijn Exit de *Silicose*-constructie, NTB 2002, nr. 6, p. 175.

¹⁶². Het overgangsrecht van art. 2, tweede lid, Kaderwet is hier niet van toepassing, omdat zij niet vallen onder de definitie van art. 1 (waarnaar art. 2, tweede lid, verwijst).

mag dus niet worden toegekend aan private instellingen. Hierover is uitgebreide, vaste jurisprudentie.¹⁶³ Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake SKV¹⁶⁴ kan in deze sleutel worden gezien.

Duidelijk zal zijn dat men hier met de Silicose-constructies en de overwegende overheidsinvloed dwars doorheen kan schieten. Overigens zijn er weinig voorbeelden van decentrale Silicose-constructies: zij worden steeds aan een minister toegerekend en doorbreken het decentrale gesloten stelsel niet.¹⁶⁵ Dat ligt anders wat betreft het overwegende-invloedcriterium uit het ambtenarenrecht: het ritselt bij met name gemeenten van de overheidsstichtingen, die dan dus via het ambtenarenrecht met openbaar gezag zijn bekleed.

Toekenning van (andere) exclusieve overheidstaken

Het toekennen van taken die niet in de uitoefening van openbaar gezag bestaan, is in beginsel vormvrij. Een sluitende typologie valt dan ook niet te maken. Wel is het logisch te veronderstellen – en een blik op de praktijk bevestigt dat – dat als de wetgever de behartiging van een publiek belang als publieke taak heeft aangeduid, de uitvoering van die taak door particulieren veelal in de een of andere juridische vorm zal worden vastgelegd. Daarbij laten zich vanuit juridisch oogpunt ruwweg de volgende varianten denken:¹⁶⁶

- machtiging bij wettelijk voorschrift;
- machtiging bij beschikking (bijvoorbeeld vergunning of concessie);
- machtiging bij overeenkomst;
- volmacht;
- opdracht;
- statuten privaatrechtelijke rechtspersoon;
- taakopdracht via financieringsbesluit;
- taakopdracht via subsidiebesluit.

Het zou de probleemstelling te buiten (en de omvang van dit preadvies te boven) gaan als ik deze varianten verder zou uitwerken. Wij komen ze nog tegen in paragraaf 3.4, als het gaat om wettelijke en buitenwettelijke normering van private instellingen met een publieke taak.

¹⁶³. Zie het overzicht, genoemd in dzz. 1997, p. 349-363, alsmede CRvB 21 september 2006, AB 2006, 372 m.nt. Sew.

¹⁶⁴. Zie daarover de noot van Van Ommeren onder SKV III (HR 20 december 2002, AB 2003, 344) en uitgebreid het preadvies van Freriks, paragraaf 9.

¹⁶⁵. Bij de Stichting Silicose zelf kan men daaraan wél twijfelen: zie mijn noot in AB 1996, 136 en de reactie daarop van Goorden in Gst. 7024, 4.

¹⁶⁶. Voor een deel gebaseerd op S.E. Zijlstra, M.C. de Voogd & N.M. Oud, Afwegingskader publieke taakopdracht aan derden, Den Haag: ministerie van Verkeer en Waterstaat 2008.

3.3 Oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen

Algemeen

Het door de overheid oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen voor de behartiging van overheidstaken¹⁶⁷ is niet van vandaag of gisteren. Met name bij gemeenten nam het bij de uitbouw van de verzorgingsstaat een hoge vlucht.¹⁶⁸ Bij het Rijk was dat minder het geval, deels omdat de samenwerking met particulieren in de sfeer van 'doe-taken' als opbouwwerk en buurtbeheer bij het Rijk natuurlijk veel minder aan de orde was, en anderzijds omdat voor bedrijfsmatige activiteiten lange tijd het overheidsbedrijf ter beschikking stond.¹⁶⁹ Bij het Rijk is de wetgeving dan ook lange tijd gekenmerkt door de nadruk op parlementaire betrokkenheid zonder inhoudelijke normering; pas bij de ontwikkeling van het zbo-beleid in de jaren negentig kwam daar ook inhoudelijke normering bij. Bij decentrale overheden, met name dus gemeenten, werd op grote schaal gebruikgemaakt van stichtingen en vennootschappen voor binnen- en intergemeentelijke bestuurstaken. Vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw heeft de wetgever geprobeerd daar paal en perk aan te stellen door dit gebruik te normeren en door publiekrechtelijke alternatieven aan te reiken.

Oprichting en deelneming door de Staat¹⁷⁰

Als de Staat een privaatrechtelijke rechtspersoon wil oprichten of doen oprichten dan wel daarin wil deelnemen, geldt een verplichte voorhangprocedure bij het parlement (artikel 34 Comptabiliteitswet 2001). Indien een meerderheid van een der beide Kamers dit wenst, is zelfs een machtigingswet nodig (idem, vierde lid). Artikel 34 CW 2001 bevat geen inhoudelijke normering van de oprichting/deelneming, vergelijkbaar met de Gemeentewet en Provinciewet.

De voorhangprocedure is in 1995¹⁷¹ in de plaats gekomen van de voordien verplichte machtigingswet. Voor de oprichting of mede-oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat was vroeger machtiging bij wet in formele zin vereist; alleen in spoedeisende gevallen kon met een voorhangprocedure worden volstaan. Het vereiste van wettelijke machtiging zorgde ervoor dat de Staten-Generaal vooraf een oordeel konden uitspreken over 'de juistheid van het voornemen van de regering om de activiteiten van de betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon niet binnen de organisatie van de rijksdienst zelf of bij een bij wet op te richten rechtspersoon

167. Ik laat deelneming bij enkele wijze van belegging hier verder buiten beschouwing. Deelneming die tevens dient tot het verkrijgen van zeggenschap betrek ik wél bij mijn beschouwingen.

168. Zie hierover uitgebreid mijn *Controle op organen van functioneel bestuur*, in: C.J. Bax, P.J. Boon & D. Mentink (red.), *Aspecten van controle in het constitutionele recht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 203-229, dzz. 1997, p. 438-440 en de daar aangehaalde literatuur.

169. H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen* (diss. UU), Nijmegen: Ars Aequi 1981.

170. Zie hierover uitgebreid S.E. Zijlstra, J.A.F. Peters & T.J. van der Ploeg, *Samenwerking door en met de overheid in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsvormen*, Den Haag: ministerie van BZK 2006, p. 16-18.

171. Zesde wijziging Comptabiliteitswet, Stb. 1995, 375. Zie daarover ook K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. UU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 69-79.

soon onder te brengen'.¹⁷² Vanuit staatsrechtelijk oogpunt werd dit wenselijk geacht in die gevallen waar het activiteiten betreft waarop de overheid uit algemeen belang invloed uitoefent. In de praktijk werd het vereiste van wettelijke machtiging als een zware en tijdrovende procedure ervaren, met name wanneer sprake was van 'beleidsmatig niet-gevoelige en doorgaans kleinere uitvoerende onderdelen van de overheidsorganisatie'.¹⁷³ In die gevallen kan zo'n procedure tot ongewenste vertraging van het verzelfstandigingsproces leiden. Om de machtigingsprocedure te omzeilen werd soms gekozen voor een stroman-constructie, waarbij rechtspersonen niet door de Staat, maar door derden werden opgericht. Om de procedure voor de oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon te versoepelen is het vereiste van wettelijke machtiging vervangen door een 'voorhangprocedure'.¹⁷⁴ De Staten-Generaal worden door de betrokken bewindspersoon schriftelijk geïnformeerd over 'elk voorname tot het oprichten, mede oprichten of doen oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon'.¹⁷⁵ In die gevallen dat de ministerraad een verzelfstandiging beleidsmatig zo belangrijk vindt, blijft het vereiste van een wettelijke machtiging nog wel bestaan.

Het achterliggende doel van de voorhangprocedure is 'de verzelfstandiging van beleidsmatig niet-gevoelige en doorgaans kleinere uitvoerende onderdelen van de overheidsorganisatie te versoepelen'.¹⁷⁶ Tevens kan op deze manier de stroman-constructie worden ondervangen, omdat de noodzaak tot het inschakelen van een 'stroman' feitelijk komt te vervallen.¹⁷⁷ Daarnaast geldt dat de Staten-Generaal 'op deze wijze van veel meer oprichtingen van privaatrechtelijke rechtspersonen dan thans kennis kunnen nemen en daarvan kunnen beoordelen of niet alsnog een wettelijke machtiging geëist moet worden'.

Uit een overzicht uit 2006 (over de jaren 1991-2003) blijkt dat het nogal eens voorkomt dat een stichting door de Staat wordt opgericht of dat daarin wordt deelgenomen zonder dat de voorhangprocedure (correct) is doorlopen.¹⁷⁸ Over andere rechtspersonen zijn mij geen gegevens bekend.

In het kabinetsstandpunt over het rapport van de werkgroep-Kohnstamm heeft het kabinet uitgesproken dat de overheid in beginsel niet moet optreden als oprichter, medeoprichter of medebestuurder van stichtingen, maar dat nog niet uit te sluiten valt dat zich situaties voordoen waarbij participatie door de overheid in een stichting nuttig is.¹⁷⁹ Daartoe is vervolgens een Beleidskader stichtingen¹⁸⁰ opgesteld, waarvan de kern wederom is dat 'het Rijk in beginsel geen betrokkenheid moet hebben bij het oprichten van stichtingen. Als er al een relatie is van de overheid met een stichting dan blijft deze in beginsel beperkt tot het verstrekken van een subsidie.

172. Kamerstukken II 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 12.

173. Idem, p. 13.

174. Zesde wijziging van de Comptabiliteitswet, Stb. 1995, 375.

175. Kamerstukken II 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 13.

176. Idem.

177. Idem, p. 13-14.

178. Kamerstukken II 2005/06, 25 268, nr. 38, p. 1.

179. Kamerstukken II 2005/06, 25 268, nr. 20, p. 11.

180. Ministerie van Financiën, Beleidskader stichtingen, aangeboden bij brief van 11 december 2006, Kamerstukken II 2006/07, 25 268, nr. 42.

Zaken als verantwoording over subsidiegelden kunnen geregeld worden via subsidievoorwaarden.' Dit laatste is nog niet neergeslagen in de Aanwijzingen voor de regelgeving of in enige vorm van een toetsingsprocedure. Wel kan de Algemene Rekenkamer, die ingevolge artikel 34, tweede lid, CW 2001 over een voornemen tot oprichting/deelneming moet worden geconsulteerd, hieraan toetsen.

Oprichting en deelneming door decentrale overheden¹⁸¹

Bij gemeenten en provincies is oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen steviger genormeerd. Ingevolge artikel 160, eerste lid, onder e, Gemeentewet¹⁸² is het college van B&W bevoegd te besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen (waaronder dus oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen). Het tweede lid bepaalt dat het college slechts besluit tot het oprichten van en deelnemen in stichtingen, maatschappijen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen 'indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. Voor het ontwerp-besluit geldt een voorhangprocedure bij de raad. Het besluit behoeft de goedkeuring van gedeputeerde staten (tweede lid). De goedkeuring kan slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang, waaronder in ieder geval de norm van het 'bijzonder aangewezen' moet worden begrepen.

In deze bepalingen heeft de wetgever zijn uitdrukkelijke voorkeur uitgesproken voor de behartiging van openbare belangen langs publiekrechtelijke weg, omdat daarmee publiekrechtelijke normering met betrekking tot het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid is gegarandeerd, normering die bij privaatrechtelijke rechtsvormen niet geldt.¹⁸³ Het provinciaal en het gemeentelijk bestuur staan hiervoor de figuren van de provinciale of gemeentelijke commissie en de gemeenschappelijke regeling op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR) ten dienste, die door de wetgever in het leven zijn geroepen met het oog op het tegengaan van het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen door provincies en gemeenten.

In de praktijk blijkt dit gebruik niettemin welig te tieren. Goedkeuring wordt vrijwel altijd verleend, vaak zonder dat de toezichthouder zich erover bekreunt of gebruik van privaatrecht inderdaad bijzonder aangewezen is in het licht van publiekrechtelijke alternatieven.¹⁸⁴ Opmerkelijk is dat als goedkeuring wordt onthouden en hierover wordt geprocedeerd, weer strikt de hand lijkt te worden gehouden aan het criterium van artikel 160 Gemeentewet.¹⁸⁵

181. Zie hierover uitgebreid dzz. 1997, p. 341-348 en Zijlstra, Peters & Van der Ploeg 2006, p. 20-22.

182. Ik bespreek deze materie aan de hand van de Gemeentewet: de Provinciewet kent eenzelfde regeling, met gedeputeerde staten als bevoegd tot het besluiten omtrent oprichting en deelneming, en toezicht door de minister van BZK.

183. Memorie van antwoord Provinciewet, Kamerstukken II 1988/89, 19 836. nr. 9, p. 106. Zie verder uitgebreid dzz. 1997, p. 343-345.

184. Zie het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, aangeboden bij brief van 16 februari 2007, Kamerstukken II 2006/07, 29 279, nr. 50. Zie hierover B.F.Th. de Moor, *Oprichten en deelnemen in privaatrechtelijke rechtsvormen door gemeenten*, Gst. 2007, 7279.

185. Zie dzz. 1997, p. 341-348.

3.4 Normering van en controle op de taakuitoefening

3.4.1 Algemeen

Begrippen

De vraag of het gaat om een bestuursorgaan of niet, in hoofdstuk 2 uitgebreid behandeld, is niet alleen een kwestie van rechtsingang maar, minstens zo belangrijk, ook een kwestie van normering. Ons bestuursrecht zit nu eenmaal zó in elkaar dat als sprake is van een (handeling van een) bestuursorgaan, automatisch een heel stelsel van publiekrechtelijke normering van toepassing is. Dat betreft in de eerste plaats inhoudelijke en procedurele normering van de taakuitoefening zelf, dat wil zeggen de grondrechten (in verticale zin)¹⁸⁶ en formele en materiële beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder ook het verbod van belangenverstrengeling van artikel 2:4 Awb. Voorts brengt het zijn van bestuursorgaan publiekrechtelijke controle-instrumenten (in brede zin) mee, waaronder rechtsbescherming bij de bestuursrechter, openbaarheid, archivering, klachtrecht bij een onafhankelijke ombudsman en, bij de centrale overheid, toepasselijkheid van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen met haar regels inzake toezicht en verantwoording. Hierna vat ik dit stelsel samen onder de term 'publiekrechtelijke normering'.

Varianten

Hoe zit het met private instellingen waarvan het handelen niet volgens vorenstaande criteria als de uitoefening (eventueel in mandaat) van openbaar gezag moet worden beschouwd, maar die niettemin een taak behartigen die voor de samenleving van groot belang is? In hoeverre is daarop publiekrechtelijke normering van toepassing?

Als een instelling naar de huidige stand van de jurisprudentie geen bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb is, is op verschillende manieren publiekrechtelijke normering van de taakuitoefening te organiseren. Geordend naar de juridische consequenties doen zich de volgende varianten voor:

- a. de instellingen die met een publieke taak zijn belast, onderwerpen zich vrijwillig aan publiekrechtelijke normering;
- b. de bestuursrechter breidt zijn jurisprudentie over het begrip bestuursorgaan uit;
- c. de burgerlijke rechter past publiekrechtelijke normering toe via de open normen van het Burgerlijk Wetboek (met name artikel 3:14 BW);
- d. de 'achterliggende' overheid legt in de statuten, bij overeenkomst of bij subsidievoorwaarde publiekrechtelijke normering op;
- e. de bijzondere wetgever legt publiekrechtelijke normering op;
- f. in algemene wetgeving (BW, Awb, een andere algemene wet) worden private instellingen met een publieke taak aan publiekrechtelijke normering gebonden.

¹⁸⁶ Vgl. HR 26 april 1996, AB 1996, 372 m.nt. Drupsteen, Gst. 7038, 4 m.nt. Brederveld (Rasti Rostelli) en daarover G.A. van der Veen, *Primaat van het publiekrecht en grondrechtelijke beperkingen op de contractsvrijheid*, NTBR 1996, p. 197-200. Zie specifiek over het bijzonder onderwijs C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 415-447.

Alvorens deze varianten nader te bezien, moet nog worden opgemerkt dat sommige vormen van publiekrechtelijke normering niet of niet zonder meer op niet-wettelijke basis te organiseren zijn.¹⁸⁷ Wat betreft de inhoudelijke normering (openbaarheid, beginselen van behoorlijk bestuur) kan bijvoorbeeld statutair eenzelfde niveau worden bereikt als wanneer dit bij of krachtens de wet zou zijn voorgeschreven, zij het dat afdwingen via de bestuursrechter alleen bij wet in formele zin kan worden georganiseerd. Ook kan men in een klachtregeling voorzien, maar de Nationale ombudsman kan alleen bij wet in formele zin bevoegd worden verklaard.

In controle-instrumenten voor de ‘achterliggende overheid’ (in verband met de democratische legitimatie) kan buitenwettelijk meestentijds wel naar behoefte worden voorzien. Naar privaatrecht ligt de belangrijkste formele grens in de bevoegdheid voor de achterliggende overheid om aanwijzingen in individuele gevallen te geven,¹⁸⁸ maar daaraan zal in de praktijk niet veel behoefte bestaan.

Voorts kan inhoudelijk een grens liggen in het belang van de rechtspersoon, zij het dat dit statutair op één lijn is te brengen met het algemeen belang.¹⁸⁹

Niettemin kan al in algemene zin worden vastgesteld dat bij privaatrechtelijke rechtspersonen die niet met openbaar gezag zijn bekleed, zonder wettelijke grondslag niet volledig hetzelfde beschermingsniveau van publiekrechtelijke normen kan worden bewerkstelligd als bij bestuursorganen geldt.

3.4.2 De varianten nader bezien

Vrijwillige onderwerping aan publiekrechtelijke normen

Een juridisch ‘onverdachte’ manier om te verzekeren dat private instellingen met een publieke taak zich aan normen van publiekrecht gebonden achten, is als zij zich dit zelf opleggen. Ik doel hier overigens op juridische zelfbinding, te onderscheiden van het vrijwillig in de praktijk hanteren van deze normen als ‘deugd’.¹⁹⁰

Een min of meer klassieke vorm is vastlegging in een overeenkomst, eventueel in algemene voorwaarden. Zo kan het bestuur van een bijzondere school met ouders overeenkomen dat het sommige klassieke grondrechten in acht zal nemen, ruimer dan waartoe het krachtens de horizontale werking verplicht is.¹⁹¹

In het recente verleden zijn, onder de titel *good governance* of kortweg *governance*, in de sfeer van woningcorporaties, onderwijsinstellingen en ziekenhuizen talrijke initiatieven te zien geweest. Veelal gaat het daarbij om het functioneren van het bestuur en de raad van toezicht, interne en externe controle, maar ook om het voorkomen van belangenverstrengeling (vgl. artikel 2:4 Awb) en het betrekken van burgers bij de kwaliteitsbewaking.¹⁹² Overigens heeft dit met enige regelmaat tot gevolg dat de

187. Anders: H.J. de Ru, Taakverdeling en privaatrecht, in: J.B.J.M. ten Berge, A. van der Jagt & J.J.H. Pop, Toekomsttrends en binnenlands bestuur, Den Haag: Raad voor het binnenlands bestuur 1989, p. 305, en A.A. van Rossum, Het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen (nv of bv) in het kader van privatisering, RM Themis 1997, nr. 3, p. 85 en daarover dzz. 1997, p. 441.

188. Zie dzz. 1997, p. 377-378.

189. Zie dzz. 1997, p. 378-381 en de daar aangehaalde literatuur, alsmede J.B.J.M. ten Berge e.a., Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken, in: Ten Berge e.a. 2000, p. 247-262.

190. Vgl. C. Raat, Mensen met macht. Rechtsstatelijkheid als organisatie-deugd voor maatschappelijke organisaties (diss. UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

191. Noorlander 2005, p. 415.

192. Zie bijvoorbeeld <www.healthcaregovernance.nl>.

wetgever dit meent te moeten vastleggen, dan wel dat het toetsingsnormen voor een overheidsinspectie worden, waarmee de vrijwilligheid achter de horizon verdwijnt.¹⁹³

Bij deze zelfregulering stuiten we op de belemmeringen die hiervoor al warenesignaleerd en die voortvloeien uit het systeem van de wetgeving op het terrein van het algemeen bestuursrecht. Men kan wel bepalen dat men openbaarheid zal betrachten, maar een rechtsingang bij de bestuursrechter kan men er niet mee organiseren. Hetzelfde geldt voor klachtbehandeling: de Nationale ombudsman kan men er niet mee bevoegd verklaren.

Uitbreiding bestuursorgaan-begrip door de bestuursrechter

We zagen al dat in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de publieke taak als zodanig geen zelfstandige rol speelt, dat wil zeggen dat het enkele feit dat een instelling een taak uitvoert die door de wetgever als voorwerp van actieve overheidszorg is aangeduid, haar nog geen bestuursorgaan maakt.¹⁹⁴ Kern van de jurisprudentie is of de overheid zich de taak heeft aangetrokken en die taak ook geheel of grotendeels financiert. Hoewel de grenzen van deze jurisprudentie nog niet in zicht zijn, valt niet te verwachten dat zij zich zal uitstrekken naar instellingen die een taak uitoefenen die de overheid zich niet heeft aangetrokken, maar die wel geheel of gedeeltelijk door de overheid worden gefinancierd, dan wel – het omgekeerde – instellingen die een taak uitoefenen die de overheid zich wel heeft aangetrokken, maar die niet geheel of gedeeltelijk door de overheid worden gefinancierd (als zich dit in de praktijk al voordoet, hetgeen ik mij niet kan voorstellen).

Toepasselijkheid van publiekrechtelijke rechtsnormen via de open normen van het Burgerlijk Wetboek

Voor deze variant zijn aanknopingspunten in de wetgeving te vinden. Zo werd tijdens de parlementaire behandeling van Boek 2 BW opgemerkt dat in geval van een overheidsstichting, de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW) invloed van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ondergaan.¹⁹⁵ Wel dient men daarbij te bedenken dat dit artikel ziet op de verhouding tussen de organen en personen binnen de rechtspersoon, terwijl het mij hier primair gaat om de verhouding met externen, met name de burger.

In dat verband is relevanter dat men deze variant ook tegenkomt bij de parlementaire behandeling van de eerste tranche van de Awb. In de memorie van toelichting had een passage gestaan waaruit bleek dat overwegende overheidsinvloed voldoende was voor het aannemen van een bestuursorgaan. Dit moest later worden teruggenomen: overwegende overheidsinvloed heeft alleen tot gevolg dat er ambtenaren

193. Vgl. de brief van de minister van OCW inzake 'Governance in het onderwijs', Kamerstukken II 2007/08, 30 183, nr. 21.

194. Vgl. Van Ommeren 2003, p. 142: 'Een woningcorporatie voert weliswaar een publieke taak uit, een bestuursorgaan is zij daarmee nog niet.'

195. Kamerstukken I 1988/99, 17 725, nr. 271, p. 4 en 1989/90, id. nr. 12, p. 7, aangehaald bij Dijk/Van der Ploeg, Van Vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, bewerkt door C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, Deventer: Kluwer 2007, p. 29.

kunnen worden aangesteld, en slechts voor zover dat het geval is, is sprake van een bestuursorgaan. Hoe zit het voor het overige dan met zo'n overheidsstichting? Regeringscommissaris Scheltema stelde dat uit het systeem van de Awb voortvloeit dat de burgerlijke rechter bij het beoordelen van een vordering op grond van onrechtmatige daad wellicht het invullen van de relevante rechtsnormen laat beïnvloeden door het feit dat een organisatie geheel door de overheid wordt beheerst. Dit ondanks het feit dat het dan niet gaat om een bestuursorgaan.¹⁹⁶ Deze visie vinden we terug in de jongste druk van *Gemeenschappelijk recht*, waarin over privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke taak wordt gesteld:

‘Maar ook indien zij geen bestuursorgaan zijn omdat zij geen openbaar gezag uitoefenen, brengt het uitvoeren van een publieke taak met zich mee dat zij onderworpen zijn aan publiekrechtelijke normen. Via artikel 3:14 BW en artikel 3:1, tweede lid, Awb vinden die toepassing.’¹⁹⁷

De verwijzing naar artikel 3:1, tweede lid, Awb lijkt mij onjuist. Dat artikel kent uitsluitend bestuursorganen als normadressaat: wie geen bestuursorgaan is, valt er dus niet onder.

Wel zal eventuele toepassing van publiekrechtelijke normen door de burgerlijke rechter kunnen geschieden via de open norm van artikel 3:14 BW, en, voor zover het niet-vermogensrechtelijke (rechts)handelingen betreft, via artikel 3:15 jo. 3:14 BW. Strikt genomen biedt de tekst van artikel 3:14 daarvoor ook een aanknopingspunt. Er staat immers: ‘Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.’ Normadressaat is dus eenieder, en niet alleen de overheid. Intussen is zo'n visie gelet op de parlementaire geschiedenis van dit artikel zeer dubieus. Het is nooit bedoeld geweest om private instellingen aan de beginselen van behoorlijk bestuur te binden. Het is ontworpen om onder omstandigheden ongeschreven overheidsbevoegdheden te kunnen aannemen (die de burger – de ‘iemand’ – moest dulden of naleven), maar heeft later de invulling gekregen van de beperking van overheidshandelen door geschreven en ongeschreven recht. Zoals Van der Veen het uitdrukt: ‘De “iemand” uit artikel 3:14 BW blijkt de overheid te zijn geworden.’¹⁹⁸

Hoe gaat de burgerlijke rechter hiermee om? Wij moeten ons realiseren dat normen die in het publiekrecht een belangrijke rol spelen, civielrechtelijke normen kunnen inkleuren. Zo kan het zonder redelijke grond ongelijk behandelen van huurders door een verhuurder in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid (artikel

196. PG Awb I, p. 144.

197. M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 68 (die daarbij naar mijn mening in dit verband ten onrechte naar Peters 1989, naar mijn dissertatie en mijn NJV-advies met Ten Berge verwijzen). In deze zin ook H.J. de Kluiver, *Overheidsstichting en overheidsaansprakelijkheid*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming: tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 85.

198. Van der Veen 1996, p. 197. Zie hierover ook L. Groen, Art. 3:14 BW en de toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij privaatrechtelijke instellingen (doctoraalscriptie VU), 2005. Anders: conclusie van A-G Langemeijer bij het arrest RZG/ConforMed (zie hierna, noot 201), onder verwijzing naar Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1055.

3:12 BW),¹⁹⁹ kan misbruik van recht (artikel 3:13 BW) in concreto overeenkomen met wat 'wij' kennen als het verbod van *détournement de pouvoir* of het evenredigheidsbeginsel, enzovoort. Niettemin bestaat er een principieel en praktisch verschil tussen rechtstreekse toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur en andere publiekrechtelijke normen op niet-overheidsinstellingen, en de hiervoor bedoelde 'inkleuring' van privaatrechtelijke normen.²⁰⁰ Hoewel artikel 3:14 BW naar de tekst ruimte biedt voor een rechtstreekse toepassing op anderen dan de overheid, vindt men dat in de jurisprudentie niet terug. Integendeel zelfs, zo blijkt uit het arrest RZG/ConforMed.²⁰¹ Het Hof had in die zaak overwogen dat RZG, een ziekenfonds, bij het sluiten van een leverantiecontract was gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad acht dit onjuist: omdat RZG geen bestuursorgaan is, kan zij niet via artikel 3:14 BW gebonden worden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁰²

Dit arrest lijkt mij een duidelijke indicatie dat de burgerlijke rechter artikel 3:14 BW niet wil gebruiken om niet-overheidsorganen aan publiekrechtelijke normering in de hier bedoelde zin te binden. Ook is opvallend dat de Hoge Raad uitdrukkelijk verwijst naar artikel 1:1 Awb. Hij had een eigen overheidsbegrip onder artikel 3:14 kunnen ontwikkelen (er staat immers 'iemand' in artikel 3:14 BW, en de parlementaire geschiedenis spreekt steeds van 'overheid' en niet van bestuursorgaan).

Opleggen normering via het rechtspersonenrecht, bij overeenkomst of bij buitenwettelijke subsidievoorwaarde

De hiervoor genoemde varianten betreffen normering door de instelling zelf respectievelijk door de rechter. De hier aan de orde zijnde variant ziet op oplegging van normering door het 'achterliggende' bestuursorgaan. Dat kan krachtens het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht (door gebruikmaking van aandeelhouders- of bestuursbevoegdheden, vastlegging in de statuten of in een overeenkomst met de betrokken private instelling) of krachtens publiekrecht (met name subsidievoorwaarden).

Bij gebruikmaking van aandeelhoudersbevoegdheden of het uitoefenen van bestuursbevoegdheden door personen die namens de overheid deel uitmaken van het bestuur van de rechtspersoon, is relevant de discussie die in het privaatrecht wordt gevoerd over de (rechtens beschermde) positie van het belang van de rechtspersoon. Die discussie kan ik als niet-deskundige onvoldoende overzien, maar het enkele feit dat die discussie maar voortwoedt, betekent in ieder geval dat dit een aandachtspunt is.²⁰³

199. HR 10 juni 1988, NJ 1988, 873 m.nt. PAS en HR 3 september 1993, NJ 1993, 714.

200. In deze zin ook punt 2 van de noot van Van Ommeren bij het arrest RZG/ConforMed (zie hierna, noot 201).

201. HR 4 april 2003, AB 2003, 365 m.nt. Van Ommeren, NJ 2004, 35 m.nt. Van den Berg. Scheltema & Scheltema 2008 noemen dit arrest niet, maar wel de hiervoor in noot 199 genoemde arresten. De jurisprudentie die zij (en De Kluiver) verder noemen, zijn uitspraken die nu juist wél bestuursorganen betreffen.

202. Hierover ook Groen 2005, p. 28-32.

203. Zie dzz. 1997, p. 378-381.

Ook vastlegging van publiekrechtelijke normering in de statuten en reglementen vindt over het algemeen weinig belemmering in het Burgerlijk Wetboek. Openbaarheid, archivering overeenkomstig de Archiefwet, toepasselijkheid van beginselen van behoorlijk bestuur, een met waarborgen omklede klachtregeling, het laat zich allemaal goed denken. Wat betreft controle ligt de grens in het vastleggen van een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid voor de achterliggende overheidsrechtspersoon,²⁰⁴ maar aangenomen mag worden dat daaraan veelal geen behoefte bestaat. Voor het overige kunnen statutair en reglementair normen inzake toezicht, verantwoording en verslaglegging worden vastgelegd, die door de ‘achterliggende’ overheid kunnen worden ingeroepen.

Hier zij ook nog gewezen op het verscherpte deelnemingenbeleid, zoals recentelijk door het kabinet werd aangekondigd, en waarin het aankondigt via aandeelhouderschap ‘nadrukkelijker dan in het verleden [te] sturen op de strategie van de onderneming, om te zorgen dat de strategie verenigbaar is met de betrokken publieke belangen van de onderneming en bekijken of de publieke belangen bijzondere aandacht in de statuten moeten krijgen, en bij alle deelnemingen bezien of de statutaire doelomschrijving voldoende in lijn is met de door het vakdepartement gehanteerde publieke belangen die de achtergrond vormen voor de deelname van de Staat in de betreffende onderneming. De doelomschrijving dient niet alleen een feitelijke beschrijving te omvatten van de activiteiten die worden uitgeoefend, maar ook richtinggevend te zijn voor de publieke doelstellingen die de betreffende deelneming heeft en in eerste plaats door betrokken vakdepartementen via wet- en regelgeving worden afgedwongen.’²⁰⁵

Van belang voor de werking van normering van de taakuitoefening jegens derden is dat statuten en reglementen deel uitmaken van het interne recht van de rechtspersoon, waaraan de rechtspersoon en zij die tot de rechtspersoon behoren zijn gebonden. Personen buiten de rechtspersoon (voor ons: de burger die bijvoorbeeld een dienst afneemt) kunnen er niet rechtstreeks een beroep op doen. Dat wil zeggen: bij een actie uit onrechtmatige daad tegen de rechtspersoon is bij strijd met de statuten of reglementen de onrechtmatigheid nog niet gegeven. Dat ligt principieel en praktisch dus anders dan wanneer de normen in een wettelijk voorschrift zouden zijn neergelegd.

Nóg beperkter in externe werking is oplegging van publiekrechtelijke normering bij overeenkomst. Het ligt overigens niet voor de hand dat naar dit instrument wordt gegrepen als het alternatief van statuten c.a. ten dienste staat, maar naarmate de overheid verder van de rechtspersoon af staat, laat zich denken dat zij door middel van een convenant probeert de rechtspersoon inhoudelijk en procedureel te binden. Een bijzondere variant daarvan vormt de subsidieovereenkomst. Ingevolge artikel 4:36 Awb kan dat echter alleen een uitvoeringsovereenkomst zijn, hetgeen meebrengt dat de subsidievoorwaarden in de beschikking moeten staan.²⁰⁶

Zijn voorgaande instrumenten privaatrechtelijk van aard, in dit verband moet ook de subsidievoorwaarde zélf worden genoemd. Daarbij moet een onderscheid

204. Zie hiervoor, paragraaf 3.4.1.

205. Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 14.

206. Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 60/61, PG Awb III, p. 225.

worden gemaakt. In talloze wetten wordt de uitoefening van publieke taken door private instellingen gedetailleerd genormeerd; soms rechtstreeks (bijvoorbeeld bij woningcorporaties en ziekenhuizen), maar vaak ook als subsidievoorwaarde (onderwijsinstellingen). Dergelijke normering beschouw ik als een vorm van variant e (normering door de bijzondere wetgever), die hierna aan de orde komt. Normering via subsidievoorwaarden die niet bij wet in formele zin zijn vastgesteld, wijkt hiervan af, omdat, vergelijkbaar met statuten en overeenkomst, sommige waarborgen (rechtsbescherming door de bestuursrechter, Nationale ombudsman) er formeel niet mee verzekerd kunnen worden.

Het kader hiervoor vormt de subsidietitel in de Awb. Ons gaat het vooral om artikel 4:37-4:40 (algemeen) en 4:62-4:80 (per boekjaar verleende subsidie aan rechtspersonen), en de handhaving van deze normen in artikel 4:35 (weigering), 4:46 (lagere vaststelling), 4:48-4:50 (intrekking en wijziging) en 4:59 (toezicht op de naleving). Hoewel deze bepalingen, zeker die inzake subsidie aan rechtspersonen, een uitgebreid arsenaal aan rekening en verantwoording kennen, zullen andere publiekrechtelijke normen alleen kunnen worden opgelegd indien zij strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie (artikel 4:38), hetzij bij wettelijk voorschrift, hetzij krachtens zodanig voorschrift bij de subsidieverlening. Niet-doelgerichte verplichtingen kunnen alleen aan de subsidie worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Zij kunnen alleen betrekking hebben op de wijze waarop of de middelen waarmee de gesubsidieerde activiteit wordt verricht (artikel 4:39 Awb).

Opleggen normering door de bijzondere wetgever

Uitoefening van publieke taken is, zeker als daarmee grote maatschappelijke belangen en/of veel geld gemoeid zijn/is, vaak wettelijk stevig ingekaderd. De bijzondere wetgever bepaalt dan concreet welke normen in acht moeten worden genomen. Daarbij is met regelmaat publiekrechtelijke normering in de hier bedoelde zin te ontwaren, die wordt gelegitimeerd vanwege de publieke taak die wordt behartigd (en, niet onbelangrijk, de overheidsmiddelen die in het geding zijn).

De techniek waarmee de bijzondere wetgever dit doet, verschilt. Het kan zeer gedetailleerd gebeuren, maar het kan ook geschieden door open normen, bijvoorbeeld zorgplichten.²⁰⁷ Veelal hebben die normen betrekking op de taakuitoefening in enge zin, dat wil zeggen dat wordt voorgeschreven welke taken de instelling moet behartigen, hoe dit moet gebeuren, en welke resultaten daarmee moeten worden bereikt. Publiekrechtelijke normering in de hier bedoelde zin, dat wil zeggen een algemene toepassing van bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur, komt men als zodanig niet tegen, maar men ziet er in de bijzondere wetgeving wel degelijk sporen van. Zo is in de onderwijswetgeving een aantal voor de leerling/student ingrijpende maatregelen van – vooral procedurele – waarborgen voorzien: bijvoorbeeld een bezwaarprocedure tegen niet-toelating (artikel 63, tweede lid, Wet op het

207. Zie bijvoorbeeld het rapport *Zorgplichten in het hoger onderwijs*, Kamerstukken II 2004/05, 29 853, nr. 16.

primair onderwijs)²⁰⁸ en een beroepsregeling tegen tentamen- en examenuitslagen (zie artikel 7.6o WHW).

Controle en verantwoording is er in overvloed. De onderwijswetgeving (universiteiten en (hoge)scholen), de Woningwet en de daarop gebaseerde besluiten (woningcorporaties),²⁰⁹ de wetgeving inzake instellingen voor gezondheidszorg, overal vindt men met name op het punt van de financiële controle en verantwoording uitgebreide regelingen. Een niet geringe bijdrage aan de versterking van controle en verantwoording (zowel op rechtmatigheid als doelmatigheid) is geleverd door de Algemene Rekenkamer, die vanaf 2000 in een reeks van rapporten lacunes constateerde en de betrokken ministers aanspoorde de touwtjes verder aan te trekken.²¹⁰ Overigens lijkt de wetgever op dit punt nauwelijks aansporing nodig te hebben.

Opleggen normering in of via algemene wetgeving

Een laatste variant is voor private instellingen met een publieke taak een algemeen stamien te ontwerpen waarmee toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen en waarborgen verzekerd zou zijn. Zo werd bijvoorbeeld bij de behandeling van de Kaderwet zbo's (met algemene stemmen) een motie-Scheltema-De Nie/Pitstra aangenomen, waarin de regering werd verzocht de mogelijkheden te onderzoeken om, analoog aan de regels in de Kaderwet, 'enige algemene regels' voor andere rechtspersonen met een wettelijke taak op te stellen.²¹¹ In wezen is de constructie van de rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT's) van artikel 59 Comptabiliteitswet 2001 ook een – zij het op financiële controle toegespitste – uitwerking van deze variant.

In dit verband verdient het voorontwerp inzake de maatschappelijke onderneming de aandacht. Bij brief van 12 juli 2007 heeft de minister van Justitie een voorontwerp van wet ter consultatie rondgestuurd, dat voorziet in een aanvulling van Boek 2 BW met een afzonderlijke rechtspersoon, te weten de maatschappelijke onderneming.²¹² Blijkens artikel 2:307a van het voorontwerp komen hiervoor uitsluitend in aanmerking rechtspersonen die zich blijkens de statuten ten doel stellen diensten te leveren of werkzaamheden te verrichten die specifiek en uitsluitend zijn gericht op het daarmee gediende maatschappelijke belang, waarbij het doel van de maatschappelijke onderneming niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of

208. Waarbij merkwaardigerwijs, anders dan in het openbaar onderwijs, geen hoorplicht geldt. Zie Noorlander 2005, p. 321.

209. Daarover J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2004.

210. Algemene Rekenkamer, *Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak* nr. 1, Kamerstukken II 1999/00, 26 982, nr. 2; nr. 2, Kamerstukken II 2000/01, 27 656, nr. 2; nr. 3, Kamerstukken II 2002/03, nr. 2; nr. 4, Kamerstukken II 2003/04, 29 450, nr. 2; nr. 5, Kamerstukken II 2006/07, 30 850, nr. 2.

211. Idem nr. 54. Zie *Handelingen II* 2001/02, TK 57-3889. Zie ook het (ingetrokken) amendement-Pitstra, dat voorzag in een schakelbepaling van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, waarmee die wet van overeenkomstige toepassing zou worden verklaard op de rechtspersonen, bedoeld in art. 59, eerste lid, onder d, van de Comptabiliteitswet (Kamerstukken II 2001/02, 27 426, nr. 44).

212. Zie <www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/maatschappelijkeonderneming/>. Zie hierover uitgebreid T.J. Van der Ploeg, *De Juridische inkadering van de 'maatschappelijke onderneming'*, *Preadvies Vereniging voor Handelsrecht*, nog te verschijnen.

aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben. Uit deze omschrijving komen belangrijke raakvlakken met de door mij besproken maatschappelijke organisaties met een publieke taak naar voren, reden om hier nader naar te kijken.

Ik ga op de betekenis van de regeling nog in in paragraaf 4.4.2; hier gaat het mij om de vraag in hoeverre voor de maatschappelijke onderneming is voorzien in publiekrechtelijke normering zoals hiervoor omschreven. Het antwoord is dat dit maar in zéér beperkte mate het geval is. Toepasselijkheid van grondrechten,²¹³ beginselen van behoorlijk bestuur en openbaarheid komen in het ontwerp niet voor. Een vorm van democratische controle is terug te zien in de belanghebbendenvertegenwoordiging, die een aantal adviesbevoegdheden heeft (onder andere over het 'strategische beleid', zie artikel 2:307o, derde lid, voorontwerp) en statutair zelfs een goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van besluiten van het bestuur kan krijgen (idem, zevende lid). Het ontwerp voorziet niet in controle door de overheid, in tegendeel zelfs: artikel 2:307g, tweede lid, bepaalt dat besluiten van het bestuur bij of krachtens de statuten slechts kunnen worden onderworpen aan de goedkeuring van een orgaan van de maatschappelijke onderneming. In de toelichting valt te lezen: 'Meer ruimte voor de instellingen om zich te verstaan met hun belangenhouders zal het eventueel mogelijk maken dat de overheid zich op bepaalde punten terugtrekt.'

3.4.3 Hybride organisaties

Begrip

Hiervoor werd uitgegaan van een grove tweedeling, namelijk tussen private instellingen die op eigen naam of in mandaat openbaar gezag uitoefenen (en uit dien hoofde automatisch onder de publiekrechtelijke normering vallen) en private instellingen waarvoor dat niet geldt, maar die wel een publieke taak uitoefenen.

Er zijn echter nogal wat instellingen die voor een deel van hun activiteiten met openbaar gezag zijn bekleed en voor het overige deel van hun werkzaamheden niet tot de overheid behoren. We kwamen ze in abstracto in hoofdstuk 2 al tegen, namelijk waar het zogeheten 'voor zover'-criterium bleek te bestaan. Bij deze 'hybride' instellingen kan men dan weer een onderverdeling maken tussen instellingen die wat betreft hun overige werkzaamheden 'puur' private, vaak commerciële activiteiten verrichten (zoals de APK-keurder) en instellingen die daarnaast een publieke taak behartigen (zoals de instellingen voor bijzonder onderwijs).

Normering op de grens

Het onderscheiden van de werkzaamheden in de uitoefening van openbaar gezag enerzijds en andere werkzaamheden anderzijds is op papier nog wel te maken, maar is dat in de praktijk ook steeds het geval? Uit een kort 'ombudsprudentie'-onderzoek bleek de Nationale ombudsman goed met de onderscheiding te kunnen werken.

²¹³. Anders dan de maatschappelijke onderneming als behartiger van sociale grondrechten.

Niettemin laat zich met een beetje fantasie nog wel een aantal moeilijke casusposities denken.²¹⁴

Theoretisch maar ook praktisch interessanter is de positie van de commerciële hybride instellingen en de mogelijke botsing tussen het algemeen belang dat met de uitoefening van het openbaar gezag moet worden behartigd en het commerciële belang van het bedrijf.

Bij mandaat aan een commercieel bedrijf wordt het kader hiervoor gevormd door (artikel 10:3, eerste lid, jo.) artikel 2:4, tweede lid, Awb. Voorzien moet worden in waarborgen dat het algemeen belang niet de dupe wordt van het streven naar winst-maximalisatie, en als dat niet mogelijk is, is mandaat niet toegestaan. Ditzelfde geldt *mutatis mutandis* voor attributie en delegatie door anderen dan de wetgever in formele zin, voor zover dat überhaupt al is toegestaan.²¹⁵

De wetgever kan er natuurlijk om hem moverende redenen toch (of misschien: juist) voor kiezen om openbaar gezag te attribueren aan een commercieel bedrijf, respectievelijk dit via erkenning of delegatie mogelijk te maken, en dat gebeurt dan ook met enige regelmaat, met name in de sfeer van keuringen en certificering. We zagen hiervoor in paragraaf 3.2 al dat artikel 4, tweede lid, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen eist dat er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden. Dergelijke waarborgen kunnen rechtstreeks betrekking hebben op de uitoefening van het openbaar gezag (bijvoorbeeld functiescheiding), maar worden vaak ook gezocht in verscherpt toezicht op de taakuitoefening (zie bijvoorbeeld artikel 86 Wegenverkeerswet 1994: de steekproef door de Rijksdienst voor het Wegverkeer).

3.5 Bijzondere regimes

We zagen al op enkele plaatsen dat in de bijzondere wetgeving bijzondere regimes gelden voor het toekennen van overheidstaken aan private instellingen. Doel van deze korte paragraaf is vooral de lezer in te scherpen dat, zoals steeds in het staats- en bestuursrecht, algemene uitgangspunten in organieke wetgeving en de Awb uitzondering kunnen lijden in de bijzondere wet (in formele zin). Er zijn bijzondere wettelijke regimes inzake toedeling van taken en bevoegdheden, inzake oprichting en deelneming, en inzake normering. Dit kan zowel uitbreiding als beperking van de mogelijkheden behelzen, zij het dat het, gegeven het feit dat de algemene wetgeving nu juist allerlei beperkingen bevat, vaak om uitbreidingen gaat. Bekend voorbeeld is de stichting voor openbaar onderwijs, waarin het gemeentelijk openbaar onderwijs kan worden verzelfstandigd, waarmee dus een uitzondering op het gesloten stelsel van gemeentelijke bevoegdheidsverdeling is gecreëerd.²¹⁶ Interessant is ook de constructie van artikel 75, tweede lid, Woningwet, dat bij sociale woningbouw voorschrijft dat woningcorporaties voorrang hebben boven gemeenten. Beperkingen treft men in de

²¹⁴. Peters & Zijlstra 2008.

²¹⁵. Zie hiervoor in paragraaf 3.2.

²¹⁶. Zie daarover dzz. 1997, p. 448-453.

sectorale wetgeving in talloze varianten aan. Zie bijvoorbeeld de uitgebreide en complexe regeling van de aanwijzing van netbeheerders, en de eisen waaraan deze moeten voldoen, in artikel 9 e.v. van de Elektriciteitswet 1998.

3.6 Particulieren als particulieren binnen het openbaar bestuur

3.6.1 Algemeen

Het voorgaande zag op het betrekken van particuliere organisaties bij het behartigen van publieke taken door er taken en eventueel bevoegdheden aan toe te kennen, dan wel ze (mede) op te richten of erin deel te nemen. Particulieren en hun organisaties worden echter ook op een andere manier bij het openbaar bestuur betrokken, namelijk door ze op te nemen in dan wel om te vormen tot onderdelen van het openbaar bestuur in enge zin, dat wil zeggen rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn opgericht.²¹⁷

Feitelijk bestaat het gehele openbaar bestuur uit particuliere personen, namelijk politieke ambtsdragers en ambtenaren. Voor deze personen geldt echter dat voor hun functioneren als onderdeel van het bestuur rechtens hun particulier-zijn niet relevant is. Voor ons is echter interessant dat er ook particulieren deel uitmaken van het openbaar bestuur in enge zin wier particulier-zijn rechtens wel relevant is. Het gaat dan om personen en vertegenwoordigers van particuliere belangen binnen het openbaar bestuur in enge zin, dat wil zeggen binnen openbare lichamen voor beroep en bedrijf (paragraaf 3.6.2) en zelfstandige bestuursorganen van het zogeheten 'participatietype' (paragraaf 3.6.3).

Voor de volledigheid zij vermeld dat ik adviesorganen hier verder buiten beschouwing laat.

3.6.2 Openbare lichamen voor beroep en bedrijf

Ingevolge artikel 134 Grondwet kan de wetgever openbare lichamen voor beroep, voor bedrijf, dan wel andere openbare lichamen in het leven roepen, en aan hun besturen verordenende en andere bevoegdheden toekennen. Bezien vanuit het perspectief van het laten (mee)besturen door particulieren is dit een belangrijke figuur, omdat rechtens (zelfs grondwettelijk) erkend wordt dat deze particulieren als (representanten van) particulieren aan de besluitvorming deelnemen. Het is de meest vergaande vorm van wettelijk geconditioneerde zelfregulering die ons staatsrecht kent. Tegelijk is het – vooral als het gaat om de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (PBO) – de meest omstreden vorm, juist vanwege de discrepantie tussen de soms gebrekkige representativiteit enerzijds en de vergaande bevoegdheden die men heeft anderzijds. Ook doet zich hier de paradox voor dat de bestaansreden van de PBO – zelfregulering door werkgevers en werknemers – tegelijk haar zwakste stee is, omdat het

²¹⁷. Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag: Elsevier 2005, p. 96.

risico bestaat dat men 'er met de poet vandoor gaat', lees: de eigen belangen laat prevaleren boven het algemeen belang.²¹⁸ Al langer bevat de wetgeving op dit terrein het voorschrift dat de representanten het algemeen belang moeten dienen en niet dat van de achterban (zie artikel 71 Wet op de bedrijfsorganisatie), maar de afgelopen jaren is men er ook toe overgegaan het toezicht op de 'schappen' te versterken. Opmerkelijk ten slotte is de grote hoeveelheid stichtingen²¹⁹ die weer rond de PBO-lichamen functioneren, waar de SKV²²⁰ een berucht voorbeeld van is.

De publiekrechtelijke beroepsorganisaties (Nederlandse Orde van Advocaten, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, enz.) kennen een structuur waarbij de beroepsuitoefenaren van rechtswege lid zijn en stemrecht hebben. Daarmee hebben ze formeel dus steeds een dekkende representatie, als je althans alleen de beroepsgenoten als belanghebbenden wil aanmerken, waar natuurlijk wel wat tegenin valt te brengen. Het belangrijkste vuur waaronder deze organisaties liggen, komt uit Brussel en betreft het kartelverbod.²²¹

3.6.3 Zelfstandige bestuursorganen²²² van het 'participatietype'

Bij zelfstandige bestuursorganen wordt, naar het motief voor de instelling, doorgaans een drietal typen onderscheiden, te weten het type 'aard van de bevoegdheid', het type 'scheiding van beleid en uitvoering' (de beschikkingenfabriek) en het 'participatietype'.²²³ Bij alle typen worden particulieren tot lid benoemd die niet gewoonlijk als ambtenaar of politieke ambtsdrager deel uitmaken van het openbaar bestuur, veelal vanwege het feit dat zij beschikken over een bepaalde deskundigheid. Bij het participatietype speelt die deskundigheid óók een rol, maar worden de leden uitdrukkelijk als representant van de betrokken burgers of maatschappelijke organisaties gerekruteerd (zie artikel 3, eerste lid, onder c, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en aanwijzing 124c, onder c, Awr).²²⁴ Het participatietype bestaat als zbo vooral bij decentrale overheden, en wel in de vorm van de gemeentelijke commis-

218. Zie M.M. den Boer, *Verzelfstandiging van bestuurstaken op z'n Hollands*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 40.

219. Bij mijn weten zijn deze stichtingen nooit goed in beeld gebracht.

220. Zie paragraaf 9 van het preadvies van Freriks.

221. Zie K.J.M. Mortelmans e.a., *De Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie in het Europeesrechtelijke Kader*, Den Haag: SER 1996, p. 385 e.v. en Steyger 2007, p. 21-22.

222. Strikt genomen zijn de hiervoor behandelde organen van de openbare lichamen voor beroep of bedrijf ook zbo's (zie mijn interventie tijdens de VAR-vergadering 1997, Zbo's, verzelfstandiging en privatisering, in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *Verslag, VAR-reeks 119, Alphen a/d Rijn: Samsom 1998* p. 45-47), maar ik maak hier omwille van de leesbaarheid maar even onderscheid.

223. Zie art. 3 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, aanwijzing 124c van de Aanwijzingen voor de regelgeving en uitgebreid J.L. Boxum, J. de Ridder & M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen in soorten*, Deventer: Kluwer 1989.

224. Dit type wordt in verband gebracht met het democratiebeginsel (M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen* (oratie RUG), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974, p. 11), met vrijheidsrechten en subsidiariteit (E.M.H. Hirsch Ballin, *Gronden voor publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie in de agrarische sector*, *Agrarisch recht* 1996, nr. 4, p. 172) of met beide (dzz. 1997, p. 131-136 en 163-164).

sie;²²⁵ bij de centrale overheid wordt meestal de vorm van een openbaar lichaam gekozen.

Hier doet zich hetzelfde probleem voor als bij de openbare lichamen voor beroep en bedrijf, te weten ‘de paradox van het eigenbelang’, en ook hier wordt in de betrokken instellingsregeling wel bepaald dat de leden stemmen zonder last, dan wel uitsluitend in het belang dat het orgaan volgens de wetgever dient te behartigen. In het kabinetsstandpunt op het rapport *Een herkenbare staat* (rapport-Kohnstamm) wordt dan ook terughoudendheid uitgesproken: het ‘participatiemotief’ zal alleen worden gehanteerd als de bestuursleden handelen ‘zonder last of ruggespraak’ met de achterban, en ‘waarborgen bestaan tegen ongecontroleerde afwenteling van (financiële) lasten van het vertegenwoordigde op het niet vertegenwoordigde deel van de maatschappij’.²²⁶

3.7 Publiek-private samenwerking (PPS)

De term publiek-private samenwerking is alweer enige decennia ingeburgerd in het openbaar bestuur. Scherpe definities zijn echter niet voorhanden, behalve dan definities die niets zeggen (‘samenwerking tussen één of meer overheden en één of meer private partijen’) of die met onscherpe normatieve criteria verrijkt zijn (‘een samenwerkingsverband waarbij overheid en bedrijfsleven, met behoud van eigen identiteit en verantwoordelijkheid, gezamenlijk een project realiseren op basis van een heldere taak- en risicoverdeling’).²²⁷ In de praktijk wordt bij PPS vooral gedacht aan de realisatie van infrastructurele werken en andere projecten, hetgeen dan ook soms in de definitie terugkeert (met PPS ‘wordt bedoeld dat de overheid en het bedrijfsleven samenwerken bij de uitvoering van investeringsprojecten. Het kan gaan om infrastructurele projecten, zoals de aanleg van wegen, bruggen, tunnels of spoorwegtrajecten. Maar ook de ontwikkeling van een industriegebied, de bouw van een ziekenhuis of de aanleg en exploitatie van een bedrijvencomplex kunnen als PPS-project worden uitgevoerd’).²²⁸

Voor ons is belangrijker dan de onscherpe definities, dat PPS juridisch geen afzonderlijke categorie behelst naast die welke hiervoor werden onderscheiden. Zo kan het gaan om samenwerking uitsluitend door contract, om een privaatrechtelijke

225. Dzz. 1997, p. 431-437.

226. Kamerstukken II 2004/05, 25 268, nr. 20, p. 5.

227. De website PPS van het ministerie van Financiën, <<http://www.minfin.nl/nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking>>.

228. Kenniscentrum PPS, Publiek-private samenwerking. De krachten gebundeld, p. 4.

rechtspersoon waar overheidsgeld, overheidstaken en misschien wel overheidsbevoegdheden aan zijn toegekend, en strikt genomen kan men zelfs de lichamen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie als een vorm van PPS zien. Ik werk PPS hier dan ook niet verder uit.

3.8 Conclusie

Als we het hebben over het 'gebruikmaken' van particulieren en private instellingen 'door de overheid', dan moeten we ons realiseren dat hieronder verscheidene, sterk uiteenlopende figuren vallen, met elk hun eigen juridische consequenties. Aan de ene kant van het spectrum zijn er de privaatrechtelijke rechtspersonen die met openbaar gezag zijn bekleed of waarbij de overheid overwegende invloed op het beheer heeft, en die dus zélf tot de overheid behoren. Daar moeten we ook de openbare lichamen voor beroep en bedrijf en de zelfstandige bestuursorganen van het 'participatietype' situeren. Aan de andere kant van het spectrum zijn er private instellingen die aan het 'echte' particulier initiatief zijn ontsproten, maar bij wier handelen het algemeen belang in hoge mate is betrokken, reden voor de overheid om door middel van normering of facilitering (subsidie) te interveniëren. Daartussen laat zich een zodanige rijkdom aan varianten zien, dat een algemene typologie niet mogelijk is. Naar een aantal aspecten is zo'n typologie wel te maken, en ik heb haar dan ook beproefd voor wat betreft taak- en bevoegdheidstoedeling, oprichting en deelneming, en wat ik met een korte en daardoor niet helemaal zuivere term publiekrechtelijke normering heb genoemd: grondrechten (in verticale zin), formele en materiële beginselen van behoorlijk bestuur, en publiekrechtelijke controle-instrumenten (in brede zin), waaronder rechtsbescherming bij de bestuursrechter, openbaarheid, archivering, klachtrecht bij een onafhankelijke ombudsman.

De belangrijkste conclusies zijn de volgende. Voor toekenning van openbaar gezag was bij decentrale overheden altijd al een grondslag in een wet in formele zin nodig, en dat geldt sinds de inwerkingtreding van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen ook voor de centrale overheid. Naar de tekst van de Kaderwet zullen dus ook geen Silicose-constructies meer mogelijk zijn. De overheidsstichtingen uit het ambtenarenrecht blijven hierop een uitzondering vormen.

Oprichting van en deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid is voor de gemeenten en provincies procedureel en inhoudelijk genormeerd, en voor de Staat alleen procedureel. In de praktijk vormt dit geen belemmering voor een veelvuldig oprichten van/deelnemen in met name stichtingen en vennootschappen.

Voorts is de publiekrechtelijke normering van privaatrechtelijke instellingen die een publieke taak behartigen, gezien. Beschikken zij tevens over openbaar gezag, dan is publiekrechtelijke normering 'automatisch' van toepassing. Is dat niet het geval, dan laat zich een aantal varianten denken waarmee deze normering kan worden bewerkstelligd. Belangrijkste conclusie in dat verband is dat artikel 3:14 BW daar naar geldend recht niet toe kan dienen.

Ook is gewezen op het probleem van de hybriditeit: instellingen die voor een deel van hun activiteiten met openbaar gezag zijn bekleed en voor het overige deel van hun werkzaamheden niet tot de overheid behoren. Met name bij commerciële bedrij-

ven kan zich op het grensvlak van beide activiteiten een normeringsprobleem voordoen. Dit ziet men in een andere vorm ook terug bij de rol van particulieren in openbare lichamen voor beroep en bedrijf en zelfstandige bestuursorganen van het 'participatietype': ook daar moet worden bewaakt dat zich geen fricties tussen algemeen en particulier belang voordoen.

4 De grenzen van de overheid beoordeeld

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 schetste ik de grenzen van het overheidsbegrip in wetgeving en jurisprudentie, en in hoofdstuk 3 de manieren waarop de overheid naar geldend recht gebruik mag maken van particulieren en privaatrechtelijke rechtspersonen bij het behartigen van publieke taken. Die beschrijving roept verschillende vragen op. Ten eerste bleken de grenzen van de overheid door uiteenlopende begrippen te worden bepaald en bleken die begrippen zelf meestentijds ook niet altijd even helder. Voorts bleken er allerlei inhoudelijke en procedurele regels voor het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen te bestaan, maar daarvan bleek ook dat zij de wetgever in formele zin niet of nauwelijks hinderen en overigens in het openbaar bestuur slecht worden nageleefd. Dat laatste is natuurlijk een probleem op zich, zeker als men meent dat eerder bedoelde oprichting/deelneming in beginsel onwenselijk is. Hierna behandel ik deze problemen, in volgorde van het bestuursorgaanbegrip (paragraaf 4.2), de oprichting, deelneming en taaktoedeling (paragraaf 4.3) en normering (paragraaf 4.4). In paragraaf 4.5 worden de conclusies samengevat.

4.2 De grenzen van het overheidsbegrip beoordeeld

Openbaar gezag bij of krachtens de wet

Het openbaar gezag dat een private instelling of een orgaan daarvan tot bestuursorgaan kan maken, wordt in de meeste gevallen verkregen bij of krachtens de wet. Dit lijkt dan ook het meest eenvoudige criterium, maar we zagen in paragraaf 2.2 dat dit soms tot lastige vragen kan leiden. Maar die moeten niet lastiger worden dan nodig. Als de Afdeling, zoals zij deed in de zaak van de gerechtsdeurwaarder,²²⁹ geen openbaar gezag wil aannemen omdat de handeling 'is geregeld in het burgerlijk recht', valt er geen peil meer op te trekken.

Volgens de parlementaire geschiedenis bij artikel 1:1, eerste lid, onder b, is sprake van openbaar gezag als aan de persoon of het college 'een of meer overheidstaken zijn opgedragen, en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn

229. Zie hiervoor, noot 22.

toegekend'. In de jurisprudentie speelt de overheidstaak daarbij echter niet of nauwelijks een rol: meestal wordt alleen gezocht naar een wettelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie van andere rechtssubjecten te kunnen bepalen.

Wat ook zij van de dogmatische en praktische besognes van dit leerstuk, het is in een democratische rechtsstaat onvermijdelijk dat toekenning van openbaar gezag bij of krachtens de wet een bestuursorgaan oplevert.²³⁰ We zullen dus met de problemen moeten leren leven.

Publieke-taakcriterium

We zagen ook dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, in navolging van de Afdeling rechtspraak en de daar weer naar verwijzende parlementaire geschiedenis bij de Awb, soms voor het aannemen van openbaar gezag voldoende acht dat 'sprake is van een taak die de overheid zich heeft aangetrokken en die met overheidsgeld wordt bekostigd': het publieke-taakcriterium.

Wij moeten deze jurisprudentie niet ruimer opvatten dan zij is. Ik ben het met Peters²³¹ eens waar hij stelt dat het de Afdeling helemaal niet te doen is om een invulling van het begrip 'publiek(rechtelijk)e taak' of 'overheidstaak'. Dat begrip is slechts een kapstok om constructies aan te hangen die 'de overheid in vermomming' betreffen. Maar het begrip is wel degelijk – ook dogmatisch – doordacht (lees er Van der Hoevens bekende publicatie over de magische lijn maar op na,²³² en kijk dan wie er als voorzitter respectievelijk lid van de Afdeling deelnam aan de uitspraken waarin het criterium ontstond), en het is wel degelijk een nieuwe invulling van het bestuursorgaanbegrip, althans nieuw ten opzichte van de pre-arobtijd.²³³

Wel heeft Peters gelijk als hij zegt dat de inhoud van de publieke taak daarbij geen wezenlijke rol speelt. Sterker, dat zou ook op grote problemen stuiten. Bij afwezigheid van enige wettelijke grondslag kan men – ik kom daar later nog uitgebreid op terug – aan een activiteit, 'belang' of 'taak' sec niet zien of zij publiek of privaat van aard is. Daarom luidt een belangrijk deel van het criterium dan ook of de overheid zich deze taak heeft aangetrokken. Zou dus de een of andere particuliere mecenas het op zich nemen de nood van de oud-mijnwerkers en hun nabestaanden financieel te lenigen, dan is, hoewel de activiteit materieel hetzelfde is, geen sprake van een overheidstaak en mitsdien niet van een bestuursorgaan.

Het aantrekkelijke van deze jurisprudentie is dat zij rechtsbescherming biedt in situaties dat de overheid zich achter een privaatrechtelijke rechtspersoon verschuilt. Zou de rechter de betrokken privaatrechtelijke rechtspersonen immers niet als bestuursorgaan aanmerken, dan zijn de materiële normen van de Awb niet van toepassing en kan men hun beslissingen ook niet bij de bestuursrechter aanvechten. Niettemin is deze jurisprudentie bedenkelijk.

Een eerste, vaak gehoord bezwaar betreft de vaagheid van de criteria. Nu moet het recht wel vaker werken met open, soms erg vage begrippen die door de jurispruden-

230. Dzz. 1997, p. 11.

231. Peters, JBplus 2004, p. 80.

232. Zie uitgebreid hierna in paragraaf 4.4.

233. Zie de noot van Borman onder AB 1978, 474, die deze uitspraak legt naast enkele Kroonuitspraken onder de Wet Bab.

tie moeten worden ingevuld, waarbij het onvermijdelijk kan zijn casuïstisch te werk te gaan. Maar hier hangt het uit de aard der zaak van allerlei (niet alleen juridische maar ook feitelijke) omstandigheden van het geval af of de private instelling tot het openbaar bestuur zal worden gerekend. Het gaat er, als we de jurisprudentie goed bestuderen, vooral om dat de overheid zich de betrokken taak 'heeft aangetrokken'. Veelal worden dan een heleboel feiten opgesomd en wordt vervolgens vastgesteld dat 'uit het voorgaande blijkt' dat de overheid zich deze taak heeft aangetrokken. Dat heeft negatieve gevolgen voor de rechtszekerheid van alle betrokkenen.

Die rechtsonzekerheid betreft allereerst de rechtspersoon zelf. Het gebeurt mij met enige regelmaat dat ik een stichting of vennootschap moet adviseren over de vraag of men bestuursorgaan is.²³⁴ Ook de 'achterliggende' overheid kan hierdoor verrast worden. Zo zegt de huidige minister voor Ontwikkelingssamenwerking over de NCDO, voorheen NCO, waarover de bekende uitspraak uit 1982:²³⁵ 'Het is echter nooit de intentie geweest van mijn ambtsvoorgangers om een ZBO in het leven te roepen en het is evenmin mijn voornemen.'²³⁶ Ten slotte (vooral!) levert de jurisprudentie rechtsonzekerheid bij de burger op.

De criteria zijn ook nogal open. Ik verwacht niet meteen dat zij ertoe kunnen leiden dat het gehele gesubsidieerde maatschappelijk middenveld onder het overheidsbegrip kan worden geschoven,²³⁷ hoewel de grenzen van deze jurisprudentie zeker nog niet in zicht zijn,²³⁸ maar mij is niet duidelijk op welke overweging in de Silicose-jurisprudentie het nu afstuit om het bestuur van de nv of de bv waaraan de vuilnisophaal is aanbesteed, niet als een bestuursorgaan te zien. Er is sprake van een wettelijk vastgelegde overheidstaak, zij wordt – via de gemeentelijke reinigingsheffing – met overheidsgeld bekostigd en de overheid bepaalt de criteria waaronder de taak wordt uitgeoefend. Er worden inderdaad geen voorzieningen (geld of – indicaties voor – vouchers) aan burgers verstrekt, maar nergens staat expliciet dat dat een *conditio sine qua non* is.

Mijn belangrijkste bezwaar is echter dat de rechtspraak hiermee als het ware 'goedkeurt' dat de overheid zich in allerlei privaatrechtelijke vermommingen hult, terwijl dat vanuit democratisch-rechtsstatelijk oogpunt dubieus is, praktisch grote nadelen heeft, en – niet in de laatste plaats – in strijd is met consequente uitspraken in wetgeving en wetgevingsbeleid op het terrein van het overheidsorganisatierecht.²³⁹

In de literatuur worden deze bezwaren soms wel onderkend, maar wordt tegengeworpen dat het alternatief erger zou zijn, namelijk dat de bestuursrechter, concluderend dat géén sprake is van een bestuursorgaan, zich onbevoegd zou verklaren en de

234. De opbrengst van deze activiteit komt dan weer in de kas van de – hybride – afdeling Staats- en bestuursrecht aan de VU.

235. Zie hiervoor in noot 32.

236. Kamerstukken II 2007/08, 25 268, nr. 58, p. 1.

237. Zie de noot van De Ru bij Vz. ARvS 19 maart 1982, AB 1982, 411 en de noot van Stroink bij Rb. Maastricht 21 april 1995, JB 116.

238. Zie met name de eerder, noot 38, aangehaalde CRvB-uitspraak Argonaut BV en de kritiek van Peters in zijn noot bij Stichting ThuisKopie (hiervoor, noot 16). In deze zin ook Van Ommeren 2003, p. 144.

239. Zie hiervoor, paragraaf 3.2 en 3.3.

rechtzoekende zou verwijzen naar de burgerlijke rechter. Daarmee zou de rechtspersoon (en de achterliggende overheid) als het ware beloond worden voor het gebruik van een schimmige constructie, terwijl de burger de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, met de normering die voor besluiten geldt, moet missen.²⁴⁰

Dat zou inderdaad problematisch zijn als zich onbevoegd verklaren het enige alternatief is dat de bestuursrechter ten dienste staat. Dat is gelukkig niet zo. Gaat het om subsidie, dan kan hij de beslissing duiden als een subsidieverlening zonder adequate wettelijke grondslag en haar vernietigen wegens strijd met artikel 4:23 Awb: dat komt in het 'gewone' subsidie recht ook voor en daar hebben we kennelijk minder moeite mee.²⁴¹

Ik kan mij niettemin voorstellen dat men de concrete rechtzoekende hier niet mee wil confronteren. Men kan er dan voor kiezen de constructie te duiden als mandaat en de beslissingen van de rechtspersoon aan het achterliggende overheidsorgaan toe te rekenen.²⁴² Daarmee biedt de rechter bestuursrechtelijke rechtsbescherming en wordt de gekozen constructie geconverteerd tot een rechtsfiguur waarvan de juridische status en gevolgen uitgekristalliseerd zijn (zie afdeling 10.1.1 Awb).

Daarvoor moeten enkele bestuursrechtelijke hindernissen worden genomen, maar sommige daarvan zijn eigenlijk geen hindernissen, en andere vereisen alleen een beetje juridische lenigheid, maar niet meer dan voor toepassing van de publiektaakjurisprudentie nodig is. Ik heb ze uitgebreid behandeld in mijn noot bij de rechtbankuitspraken inzake *Argonaut BV*,²⁴³ en vat ze hierna samen.

Mandaat is een materieel begrip. Het doet er niet toe of degene die mandateert de term mandaat gebruikt of iets anders, en de vorm doet er ook niet toe. De wetgever heeft onder ogen gezien dat mandaat aan niet-ondergeschikten de vorm van een overeenkomst heeft.²⁴⁴ Daarmee is het mogelijk de relatie tussen minister en rechtspersoon als een vorm van mandaatverlening aan een niet-ondergeschikte te karakteriseren, ook al hebben partijen dat niet zo genoemd. Dat partijen mandaat niet hebben gewild, lijkt me evenmin relevant. Zij hebben de constructie wel degelijk gewild: dat het publiekrecht er vervolgens bepaalde rechtsgevolgen aan verbindt, kunnen partijen niet voorkomen. De minister voor Ontwikkelingssamenwerking wilde ook niet dat NCO een bestuursorgaan was, net zo min als de Stichting Silicose bestuursorgaan wilde zijn. Dáár trekt de rechter zich – terecht – ook niets van aan. Moet dan bij mandaat ineens de wil van partijen een rol gaan spelen? De invloed die de minister op de criteria van de taakuitoefening door *Argonaut BV* had, tezamen met zijn verklaring zich aan de beslissingen van de bv te conformeren, sluit mijns inziens uitstekend aan bij artikel 10:6, eerste lid, respectievelijk artikel 10:2 Awb. Wel is voor de benadering om de gekozen constructie als mandaat te zien nodig dat men de betrokken beslissingen, als zij door de minister zouden zijn genomen, als besluit

240. Zie de noot van Verheij onder ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10 (hij is daar later van teruggekomen: zie zijn noot onder de *Argonaut BV*-uitspraak in JB 2006, 132) alsmede Peters JBplus 2004, p. 77.

241. Vgl. ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296 m.nt. Jacobs en Den Ouden.

242. Vgl. CBB 10 februari 2006, AB 2006, 271 m.nt. Sewandono.

243. Rb. Roermond 28 februari 2005, AB 2005, 271 en Rb. Rotterdam 18 mei 2005, AB 2005, 272.

244. Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 87.

karacteriseert. Dán wordt het echter een toepassing van die andere, veel onschuldiger ‘tak’ van de publieke-taakjurisprudentie, namelijk de ‘transformerende’.²⁴⁵

Zoals hierna²⁴⁶ wordt opgemerkt, dient mandaat aan niet-ondergeschikten, zeker als het commerciële instellingen betreft, vermeden te worden. Het liefst zou ik dan ook zien dat de bestuursrechter het besluit vernietigt wegens onbevoegdheid van de private instelling, omdat deze een bevoegdheid gedelegeerd heeft gekregen zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat (artikel 10:15 Awb). De conversie in mandaat, bedoeld om de rechtzoekende geen *reformatio in peius* te bezorgen, zou dan ook tijdelijk moeten zijn, dat wil zeggen dat zij rechtzoekenden die nog niet konden weten van de juridische status van de constructie,²⁴⁷ niet wordt tegengeworpen, eventueel ook de minister de tijd gevend de zaak juridisch recht te trekken.

Ik realiseer mij dat de keuze voor mandaat een deel van de problemen van de publieke-taakjurisprudentie, namelijk de vaagheid ervan, onverlet laat. Immers, om de handeling aan een – mandaterend – bestuursorgaan te kunnen toerekenen, moet eerst het publiekrechtelijke karakter van die handeling worden geduid. Maar het criterium dáárvoor is of de handeling, als zij door de minister zou zijn verricht, een besluit zou opleveren. En de schade is in die zin beperkt, dat geen doorbreking van verantwoordelijkheid plaatsvindt als de constructie eventueel eerst wordt geconverteerd tot mandaat om ten slotte, overeenkomstig de daarvoor geldende regels en afwegingskaders, van een ‘netjes’ juridisch regime te worden voorzien (met name dat de minister het zelf uitvoert).

Overwegende overheidsinvloed

Het criterium van de overwegende overheidsinvloed komen we grof gezegd op vergelijkbare wijze tegen in het ambtenarenrecht, in de WOB (artikel 3), bij de bevoegdheid van de Algemene Rekenkamer en in het Europese aanbestedingsrecht. Het heeft dezelfde achtergrond als het publieke-taakcriterium: het kan niet zo zijn dat bepaalde waarborgen verdwijnen als de overheid zich hult in een privaatrechtelijke vermomming. Ook hier doet zich het nadeel voor dat deze jurisprudentie mee kan brengen dat zij – goed bedoeld – oneigenlijk gebruik van privaatrechtelijke constructies sauveert.

Hoe moeten we hier tegenaan kijken? Voor dat te bespreken, zij opgemerkt dat ik het hier heb over de privaatrechtelijke rechtspersoon die niet krachtens de wet met openbaar gezag is bekleed. Te denken valt aan de gemeente die het gemeentelijk zwembad, de gemeentelijke speeltuinen of de gemeentelijke schouwburg in een stichting onderbrengt, maar wel overwegende invloed op het beheer daarvan houdt. Laten we ons eens voorstellen dat het bestuur van de schouwburgstichting weigert de zaal te verhuren voor een hypnoseshow van Rasti Rostelli, omdat dit niet in overeenstemming is met ‘de christelijke waarden van de gemeente en de aard van haar bevolking’. Kan Rostelli de schending van zijn grondrecht hard maken op een wijze,

245. Zie voor dit onderscheid de noot van G.A. van der Veen bij ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498. Vgl. ook Van Ommeren 2003.

246. Zie paragraaf 4.3.

247. In wezen dezelfde benadering als in HR 11 november 1988, AB 1989, 81 m.nt. Van der Burg (Ekro/Staat). Vgl. ook CRvB 6 september 2007, aangehaald in noot 79.

vergelijkbaar met de situatie waarin de schouwburg nog een gemeentelijke dienst was?²⁴⁸ Kan hij, als de gemeente is aangesloten bij de Nationale ombudsman, diens oordeel over de gedraging vragen? Het antwoord is nee, en ik vind dat moeilijk aanvaardbaar. Naar mijn mening dient organisatorische bemoeienis van de overheid met een privaatrechtelijke rechtspersoon zich in bepaalde gevallen te vertalen naar volledige publiekrechtelijke normering via het begrip bestuursorgaan.

Bij vennootschappen zou dat in de eerste plaats het geval moeten zijn als de overheid een meerderheid van aandelen in de vennootschap bezit, wat ook verder de taak en organisatiestructuur daarvan is. In die zin moeten De Nederlandsche Bank NV,²⁴⁹ NV Nederlandse Spoorwegen, Connexxion, Prorail, Sdu, Staatsloterij, Gasunie, NOVEM en het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam voor al hun handelen onder publiekrechtelijke normering vallen. Dat geldt ook voor vennootschappen waarin verschillende overheidslichamen tezamen een meerderheid van de aandelen hebben, zoals NV Luchthaven Schiphol en de energiebedrijven. Ten slotte zou ook sprake moeten zijn van een overheidsvennootschap als de overheid ten aanzien van de meerderheid van de leden van het bestuur een wettelijk of statutair benoemings- en ontslagrecht heeft.

Omdat bij stichtingen en verenigingen eigenaarschap als zodanig niet bruikbaar is, zal het benoemings- en ontslagrecht als criterium moeten volstaan. Dit is een flinke uitbreiding ten opzichte van de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep in ambtenarenzaken. Zo doet invloed op de financiën van de rechtspersoon (bijvoorbeeld goedkeuring van de begroting en het afleggen van rekening en verantwoording aan de overheid) er niet toe: dat komt bij 'gewone' subsidierelaties ook voor en moet op zichzelf niet tot een bestuursorgaan leiden. Ook invloed op de taakuitoefening zelf acht ik niet relevant: het ontbreken daarvan maakt van het bestuur van de rechtspersoon een zelfstandig bestuursorgaan, maar wel nog steeds een bestuursorgaan. Als daaraan is voldaan, zou ook daar volledige publiekrechtelijke normering moeten gelden.

Hoe dit te bewerkstelligen? Een mogelijkheid is 'piercing the private veil':²⁵⁰ het toerekenen van de handeling van de private instelling aan het 'achterliggende' bestuursorgaan c.q. openbaar lichaam.²⁵¹ Dit ziet men nu al bij de WOB, waar geldt dat de beslissing tot openbaarmaking van documenten die berusten bij een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf ook door het bestuursorgaan moet worden genomen.²⁵² In wezen ligt er zelfs een parallel met het aanbestedingsrecht, in die zin dat de Staat aansprakelijk is voor niet of onjuiste openbare aanbesteding. Een andere mogelijkheid is uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met het criterium van de overwegende overheidsinvloed zoals hiervoor werd uitgewerkt. Dat laatste heeft mijn voorkeur, waarbij ik meen dat het aan de (Awb-)wetgever is om deze stap te zetten, door een aanvulling in artikel 1:1, eerste lid, Awb.²⁵³

248. Vgl. het arrest met dezelfde naam, aangehaald in hoofdstuk 3, noot 186.

249. Overigens ook met openbaar gezag bekleed.

250. Vgl. J.A.F. Peters, *Piercing the private veil*, WPNR 1989, nr. 6074, p. 978-984.

251. Vgl. Bense & Zijlstra 1994, paragraaf 4.

252. Zie hiervoor in paragraaf 2.3.

253. Vgl. Schroten 2000, p. 179-181, 231-232.

Anders dan bij de Silicose-constructie acht ik hier het nadeel dat zonder wettelijke grondslag wordt verzelfstandigd minder ernstig, omdat de verzelfstandigde taken zélf niet als de uitoefening van openbaar gezag kunnen worden beschouwd en omdat in een wettelijke, met waarborgen omklede instellingsprocedure is voorzien (als die ten minste ook wordt gevolgd en er een goede afweging ten opzichte van publiekrechtelijke alternatieven heeft plaatsgevonden).

Voor zover

Ook wat betreft de hybride organisaties acht ik een wijziging wenselijk. Privaatrechtelijke rechtspersonen die naar de hiervoor beschreven criteria moeten worden beschouwd als overheidsrechtspersonen, moeten – vergelijkbaar met a-organen – voor hun hele handelen onder publiekrechtelijke normering vallen: geen ‘voor zover-criterium’ dus. Dan kan van allerlei handelingen van zo’n rechtspersoon worden gezegd dat het geen besluiten zijn omdat zij geen rechtshandeling constitueren of omdat zij niet schriftelijk zijn, maar niet omdat ze niet door een bestuursorgaan zijn verricht.²⁵⁴

Het voorgaande ziet op de manier waarop de bestuursrechter moet omgaan met gekozen privaatrechtelijke constructies. Dat brengt mij bij de manier waarop de overheid gebruikmaakt van privaatrechtelijke rechtspersonen bij het behartigen van publieke belangen.

4.3 Gebruik van particulieren en private organisaties bij de behartiging van publieke belangen beoordeeld

‘Publiek belang’ en ‘publieke taak’

In het voorgaande sprak ik steeds betrekkelijk losjesweg over particulieren en private instellingen ‘met een publieke taak’ of die ‘een publiek belang behartigen’. Dat kon ik doen, omdat het in die fase van de beschouwingen niet nodig was dit te preciseren en het de analyse op dat moment alleen maar zou vertroebelen. Nu moet die precisering wél plaatsvinden. Zij heeft hier echter nog alleen betrekking op de afbakening van de begrippen: de vraag naar een mogelijke inhoudelijke invulling komt in paragraaf 4.4 aan de orde.

In het verlengde van het rapport *Het borgen van publiek belang* van de WRR kan een begripsmatig onderscheid worden gemaakt tussen *maatschappelijke belangen* en *publieke belangen*.²⁵⁵ Maatschappelijke belangen zijn belangen die de samenleving als geheel of delen daarvan raken, dit in tegenstelling tot (puur) particuliere belangen. Een publiek belang is een maatschappelijk belang dat de overheid zich aantrekt in de

254. Dat levert dus in de hiervoor, in noot 15, aangehaalde uitspraak inzake het wisselen van guldens in euro's door De Nederlandsche Bank NV hetzelfde resultaat op, maar via een andere redenering.

255. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Borgen van publiek belang*, Reeks rapporten aan de regering nr. 56, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 9 en 19.

overtuiging dat dit alleen dan goed tot zijn recht zal komen.²⁵⁶ Dit ‘zich aantrekken’ van een publiek belang betekent nog niet een actieve overheidsbemoeienis (*publieke taak*): daarvan is in juridische zin pas sprake als de overheid een rechtsplicht heeft tot actief optreden om het publieke belang te borgen.

Dit brengt mee dat als we het hebben over particulieren en private instellingen ‘die een publiek belang behartigen’ dit begripmatig is gekoppeld aan het perspectief van de overheid: zij zijn vanuit de overheid gezien instrumenteel aan het behartigen van een publiek belang en worden uit dien hoofde gefaciliteerd en gereguleerd. Dit overheidsperspectief hoeft overigens niet overeen te komen met het eigen perspectief: afhankelijk van de organisatie kan men zichzelf zien als hooguit een maatschappelijk belang dienend of zelfs een geheel particulier (commercieel) belang.

Het is ook mogelijk dat een particuliere instelling die niet tot de overheid behoort met een *publieke taak* wordt belast. Daarvan is sprake als rehtens een overheidsop-treden is voorgeschreven, maar er ruimte bestaat om daarbij particulieren in te schakelen. Zo is bijvoorbeeld de commerciële vuilnisophaler uit het voorbeeld in hoofdstuk 1 met een *publieke taak* belast, nu de wetgever vuilnisophaal als een *publieke taak* in de hier bedoelde betekenis heeft aangemerkt. Ook kan men dit mooi zien aan de hand van artikel 23 Grondwet. Het onderwijs is voorwerp van aanhoudende zorg der regering, aldus lid 1. Daarmee is een publiek belang aangeduid en kan men, gezien vanuit de overheid, scholen zien als instellingen die een publiek belang behartigen. Het geven van voldoende algemeen vormend lager onderwijs is door lid 4 van datzelfde artikel als een *publieke taak* geformuleerd.

Voorgaande onderscheiding zal niet voldoende blijken voor een zinvolle afbakening met andere particuliere instellingen,²⁵⁷ maar de begrippen kunnen nuttig zijn bij het formuleren van een normatief kader.

Normatief uitgangspunt

De wijze waarop en de mate waarin bedrijven en maatschappelijke organisaties bij de behartiging van publieke belangen worden betrokken, vertoont een slingerbeweging. Nu eens wordt het overheidsbeleid in nauw overleg met maatschappelijke organisaties vastgesteld (*‘poldermodel’*), dan weer wordt het *‘primaat van de politiek’* vooropgesteld. Ook wordt het ene moment heilig geloofd in het bedrijfsleven en de zegenrijke *‘onzichtbare hand’* van het marktmechanisme, dan weer wordt er de nadruk op gelegd dat de toegankelijkheid en kwaliteit van bepaalde producten door de overheid moeten worden gegarandeerd.

Wie de voorgaande beschouwingen tot zich heeft laten doordringen of misschien wel eens een van de andere publicaties van mijn hand over dit onderwerp heeft gelezen, zal het niet verbazen dat ik een voorkeur heb voor het gebruik van publiekrechtelijke organisatievormen door de overheid. Daarbij moet men echter de zinsnede *‘gebruik van publiekrechtelijke organisatievormen door de overheid’* eng opvatten, namelijk als de overheid *zélft* iets wil organiseren. Als in een wettelijk voorschrift openbaar gezag wordt gecreëerd, dan moet dat ook worden toegekend aan a-orga-

²⁵⁶. Idem.

²⁵⁷. Zie hierna in paragraaf 4.4.1.

nen. Een eventueel mandaat moet dan ook binnen de publiekrechtelijke rechtspersonen worden gehouden. En niet: een stichting of een vennootschap oprichten of daarin deelnemen, anders dan bij wijze van belegging, tenzij daarvoor geen bruikbaar publiekrechtelijk alternatief bestaat. En geen overwegende invloed creëren op een bestaande privaatrechtelijke rechtspersoon.

Maar wanneer de politieke organen van mening zijn dat er ten aanzien van een bepaald maatschappelijk verschijnsel sprake is van een *publiek belang*, is daarmee nog niet gezegd dat de behartiging daarvan ook volledig door de overheid dient plaats te vinden. Integendeel zelfs: uit de idee van de democratische rechtsstaat vloeit voort dat de overheid zo min mogelijk dient in te grijpen in de rechten en vrijheden van burgers en dat de overheid alleen een publieke taak heeft voor zover burgers en hun organisaties, eventueel daartoe van overheidswege gefaciliteerd (bijvoorbeeld door subsidie), het betrokken publieke belang niet adequaat kunnen behartigen. Zo is goed onderwijs ontegenzeggelijk een publiek belang; of van overheidswege onderwijs moet worden verzorgd, is echter een vraag waarvoor allereerst moet worden gezien of burgers en hun organisaties dat niet zelf kunnen verzorgen, daartoe eventueel gesubsidieerd door de overheid. Aldus geldt ook bij het behartigen van publieke belangen een principiële voorkeur voor het particulier initiatief. Zelfs bij belangen waarvan (grond)wettelijk of verdragsrechtelijk is bepaald dat er een algemene publieke taak op de overheid rust, geldt democratisch-rechtsstatelijk gezien het primaat van het particulier initiatief, zo nodig onder wettelijke randvoorwaarden.²⁵⁸

Toedeling van taken en bevoegdheden

Het betrekken van private organisaties bij de behartiging van publieke belangen kan, zoals in paragraaf 3.2 bleek, op uiteenlopende manieren plaatsvinden. Naast herhalen van mijn voorkeur voor het particulier initiatief ook bij de behartiging van publieke belangen, heb ik hier weinig over op te merken, behalve dan dat de ruimte voor dat particulier initiatief zo groot mogelijk moet zijn. Voor het overige is het een zaak van normering en controle, waarop ik in paragraaf 4.4 uitgebreid inga.

Toedeling van openbaar gezag (door middel van attributie en delegatie, maar ook via mandaat) aan private instellingen is echter onwenselijk. Dat geldt in de eerste plaats voor instellingen die in wezen een verlengstuk van de overheid zijn, zoals De Nederlandsche Bank NV en AFM (maar die hebben als privaatrechtelijke rechtspersoon al geen bestaansrecht).²⁵⁹ Daarnaast zijn er de hybride organisaties: de instellingen die voor een deel van hun werkzaamheden met openbaar gezag zijn bekleed en voor het overige andere soms commerciële activiteiten ontplooiën. Bij een deel van deze instellingen is vooral kostenbesparing het motief, zoals bij de APK-keurder. Ik kan de juistheid van dat motief in concreto niet beoordelen, maar het zal in bepaalde gevallen valide en in andere gevallen minder valide zijn. Uitgangspunt moet hier wel behartiging door de overheid in enge zin zijn.²⁶⁰

258. Zie P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deel I, Deventer: Kluwer 2001, p. 221-225.

259. Zie hierna, bij de bespreking van oprichting en deelneming.

260. Dzz. 1997, p. 226-228 en Zijlstra e.a. 2001, p. 94-95.

Dat lijdt uitzondering wanneer sprake is van zelfregulering.²⁶¹ Een voor de hand liggend voorbeeld is het bijzonder onderwijs, dat wat betreft diploma's met openbaar gezag is bekleed. Daarvoor geldt wel dat van échte keuzevrijheid sprake moet zijn: gebonden uitvoering en zelfregulering verdragen zich per definitie niet met elkaar.²⁶² Dat gegeven staat in de eerste plaats in de weg aan mandaat aan hybride instellingen, omdat mandaat per definitie onzelfstandige bevoegdheidsuitoefening inhoudt. Maar ook moeten in dat licht vraagtekens worden geplaatst bij de keuze van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (Wet WIA) om de werkgever die 'eigenrisicodragers' is, zijn werknemer een sanctie krachtens de Wet WIA te kunnen laten opleggen. Ten slotte moet, als wél sprake is van zelfregulering, zijn voorzien in waarborgen wat betreft botsing tussen het publieke belang en het eigen belang van de instelling (artikel 2:4, tweede lid, Awb en artikel 4 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

Oprichting en deelneming

De besognes die in hoofdstuk 2 en 3 naar voren kwamen met betrekking tot privaatrechtelijke rechtspersonen die al of niet tot de overheid moeten worden gerekend, worden natuurlijk voor een belangrijk deel veroorzaakt door het gebruik van die rechtspersonen door de overheid. En dan heb ik het niet over het inschakelen van particulieren bij het behartigen van publieke belangen of het uitvoeren van een publieke taak, maar over het gebruik van het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht door de overheid zelf: het oprichten van of deelnemen in vennootschappen, stichtingen en verenigingen die niet anders zijn dan een verlengstuk van de overheid.

Ik ken geen terreinen van staats- en bestuursrecht waar de overheid zó consequent en zonder gêne het recht schendt als hier. Constante lijn in decennia wetgeving en wetgevingsbeleid op het terrein van het overheidsorganisatierecht is het streven naar het terugdringen van het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid. Dit is, zoals we in paragraaf 3.3 zagen, neergeslagen in de Gemeentewet en de Provinciewet, in de Aanwijzingen voor de regelgeving en in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. De nadelen van dat gebruik in vergelijking met publiekrechtelijke alternatieven zijn uitgebreid beschreven in de parlementaire geschiedenis van die wetgeving²⁶³ en in talloze beleidsnota's van de regering,²⁶⁴ en in de literatuur breed onderschreven. Samengevat komen deze nadelen neer op:²⁶⁵

1. de toepasselijkheid van waarborgen van publiekrecht is niet gegarandeerd. Inderdaad geldt voor publiekrechtelijke alternatieven dat zij steeds, en voor al hun handelingen, bestuursorgaan zijn. Dit probleem wordt natuurlijk deels opgelost als mijn voorstel wordt overgenomen om organen van rechtspersonen waarop de overheid overwegende invloed heeft, als bestuursorgaan aan te merken;

261. Zie hierover uitgebreid het preadvies van Van Gestel.

262. Vgl. dzz. 1997, p. 238-239.

263. Zie voor verwijzingen naar wetgevingshistorie en literatuur mijn noot bij de Argonaut BV-uitspraak in AB 2005, 271 en 272 en dzz. 1997, p. 438 e.v.

264. Meest recent in het kabinetsstandpunt inzake het rapport-Kohnstamm (Kamerstukken II 2004/05, 25 268, nr. 20, met name p. 7).

265. Zie Ten Berge e.a. 2000, p. 257-262.

2. de organisatie is niet herkenbaar als onderdeel van de overheid. Dit wordt met mijn voorstel niet geheel opgelost, want een nv of een stichting kán op het eerste gezicht ook een 'gewone' particuliere instelling zijn;
3. het leidt met betrekking tot een aantal belangrijke juridische aspecten tot onduidelijkheid en daarmee tot risico's. Hier blijven naar mijn mening de grootste problemen liggen. Zo mijn analyse in hoofdstuk 2 iets oplevert, dan is het dat onduidelijke constructies, zeker als ze ook nog hybride zijn, vaak geen voordelen van hun privaatrechtelijke vorm hebben, maar – bijvoorbeeld Europeesrechtelijk – aanzienlijke risico's kunnen lopen.²⁶⁶ Daar komt bij dat het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht en het bestuursrecht op tal van plaatsen wringen, met name op het punt van het belang van de rechtspersoon,²⁶⁷ interne bevoegdheidsverdeling en aansprakelijkheid.²⁶⁸

Ondanks deze nadelen worden jaarlijks vele overheidsvennootschappen en -stichtingen opgericht. Daarvoor valt een aantal verklaringen te geven, die niet steeds even valide zijn:²⁶⁹

1. Zij bieden meer zelfstandigheid dan een publiekrechtelijke organisatievorm. In juridische zin, dus geabstraheerd van min of meer emotionele of culturele argumenten zoals dat een stichting of een nv meer een 'gevoel van afstand' geeft dan een publiekrechtelijke organisatie,²⁷⁰ is dit onjuist. De enkele keuze voor de privaatrechtelijke rechtsvorm brengt niet mee dat het resultaat een zelfstandiger organisatie is dan wanneer de publiekrechtelijke vorm zou worden gekozen.²⁷¹ Wel geldt voor gemeenten en provincies dat zij voor binnengemeentelijke verzelfstandiging²⁷² geen publiekrechtelijke rechtspersoon in het leven kunnen roepen. In een groot aantal gevallen van verzelfstandiging is rechtspersoonlijkheid echter helemaal niet nodig.²⁷³
2. Zij zijn sneller in te stellen.²⁷⁴ Dat geldt niet voor gemeenten en provincies, want daar vereist oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon juist nog goedkeuring, waar dat niet geldt bij gebruik van een publiekrechtelijke vorm (commissie of gemeenschappelijke regeling). Bij de centrale overheid komt dit argument wel met enige regelmaat om de hoek kijken.²⁷⁵ Daar is immers steeds

²⁶⁶. In deze zin ook Steyger 1996, p. 90-92, die bij hybride organisaties spreekt van een 'worst of both worlds'.

²⁶⁷. Zie G.M. Kuiper e.a., *Verzelfstandiging: publiek of privaat?*, Deventer: Kluwer 1992, p. 163 en C.A. Schreuder, *Stichtingen als verzelfstandigingsvariant*, Stichting & Vereniging 1995, nr. 3, p. 70.

²⁶⁸. Ten Berge 2000, p. 260-261 en de daar aangehaalde literatuur.

²⁶⁹. Idem, p. 251-257.

²⁷⁰. Zie hierover J.J. Sylvester, *De praktijk van privatisering* (diss. VU), Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 218-219.

²⁷¹. Ten Berge 2000, p. 251-254.

²⁷². Voor intergemeentelijke verzelfstandiging is krachtens de WGR wel rechtspersoonlijkheid te bewerkstelligen.

²⁷³. Zijlstra 1997, p. 416-417, 430 en 437.

²⁷⁴. Zie Ten Berge e.a. 2000, p. 255-256; Zijlstra, Peters & Van der Ploeg 2006, p. 41-44.

²⁷⁵. Vgl. de oprichting van de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers, maar ook de Stichting Hulpfonds gedupeerden Bijlmerramp (Kamerstukken II 1998/99, 26 241, nr. 31, p. 2) en de coöperatieve vereniging(!) ICT-Service Coöperatie Politie, Justitie en Veiligheid (ISC) (Kamerstukken II 2000/01, 27 850, nr. 95 en 2).

- de wetsprocedure nodig wanneer men wil verzelfstandigen in een publiekrechtelijke vorm, terwijl voor het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat in beginsel slechts een voorhangprocedure bij het parlement geldt.²⁷⁶ Herhaald zij hier dan ook het pleidooi om het voor de Staat gemakkelijker te maken een publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten, namelijk bij AMvB (met voorhangprocedure en horizonbepaling).²⁷⁷
3. Zij bieden meer mogelijkheden tot *samenwerking* met burgers en niet-overheidsorganisaties.²⁷⁸ Hier ligt opnieuw niet zozeer een juridisch, als wel een gevoelsmatig probleem, dat hier overigens reëler is dan bij het argument van de zelfstandigheid. Het is niet onbegrijpelijk dat het bij gelijkwaardigheid van partners door de private partijen moeizaam wordt gevonden als de samenwerking in een rechtsvorm wordt gegoten die onverbrekkelijk is verbonden met één der partijen. Overigens is dat niet altijd een belemmering, zoals het zbo van het participatietype en de openbare lichamen voor beroep en bedrijf aantonen. Dat ligt zeker anders als er privaat geld wordt ingebracht. Dit is een probleem dat door wetgeving respectievelijk handhaving van de wettelijke regels niet valt op te lossen. Wel speelt ‘echte’ samenwerking maar in een relatief klein aantal gevallen een rol: het overgrote deel van de voorbeelden die in dit onderzoek naar voren zijn gekomen, hebben met samenwerking met particulieren niets van doen.

Eigenlijk is het meest gehoorde argument dat ‘er nu eenmaal behoefte aan bestaat’. In deze zin bijvoorbeeld het rapport *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden* dat in 2006 verscheen in het kader van het project *Bruikbare Rechtsorde* en waarin uitgebreid werd ingegaan op het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door decentrale overheden:

‘Deze wettelijke normering voor decentrale overheden lijkt niet langer toegesneden op de praktijk. Provincies geven regelmatig de voorkeur aan de privaatrechtelijke weg en de daarbij gekozen constructies lijken steeds complexer te worden. Bij gemeenten doet zich een vergelijkbare ontwikkeling voor.’²⁷⁹

Het preventieve toezicht hierop zou dan ook moeten worden afgeschaft. Duidelijk zal zijn dat ik deze benadering niet onderschrijf.

Geen tweewegenleer

Het voorgaande brengt mee dat de burgerlijke rechter bij de beoordeling van de vraag of een overheidslichaam terecht een privaatrechtelijke rechtspersoon heeft

276. Zie hiervoor in paragraaf 3.3.

277. Zie Ten Berge & Zijlstra 2000, p. 89-91; Zijlstra, Peters & Van der Ploeg 2006, p. 60. Vgl. ook het voorstel voor een ‘publiekrechtelijke instelling met rechtspersoonlijkheid’ van Scheltema & Scheltema, 2008, p. 112-121.

278. Zijlstra, Peters & Van der Ploeg 2006.

279. Aangeboden bij brief van 16 februari 2007, Kamerstukken II 2006/07, 29 279, nr. 50. Zie voor het rapport zelf <www.justitie.nl/images/5343_rapport%20privaatrechtelijke%20rechtsvormen%20decentrale%20overheden_tcm34-37222.pdf>.

opgericht of daarin heeft deelgenomen, niet kan toekomen aan de doorkruisingscriteria uit het Windmill-arrest. Als bekend ziet de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de zogenoemde tweewegenleer op de vraag of de overheid die bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden. In het Windmill-arrest en de daarop volgende arresten werd bij de krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden steeds genoemd: 'zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen'. Onder de privaatrechtelijke bevoegdheden van de overheid valt ook de bevoegdheid privaatrechtelijke rechtspersonen op te richten of daarin deel te nemen.²⁸⁰ De Hoge Raad stelt in het Windmill-arrest voor de aanvaardbaarheid van gebruik van privaatrecht door de overheid als er publiekrechtelijke alternatieven voorhanden zijn, echter voorop of de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin voorziet. Dat is hier inderdaad het geval: zowel de Gemeentewet als de Provinciewet en in mindere mate de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen voorzien in een – negatief – antwoord. Aan de doorkruisingscriteria komt men dan niet meer toe.

4.4 Normering van en controle op de taakuitoefening beoordeeld

4.4.1 Algemeen

Varianten van normering

Bestuursorganen en private instellingen die krachtens mandaat openbaar gezag uitoefenen, zijn automatisch onderhevig aan publiekrechtelijke normering van de taakuitoefening en controle daarop. Uit het hiervoor (paragraaf 4.2) gestelde volgt dat ik publieke-taakuitoefening die thans onder de Silicose-jurisprudentie valt, onder publiekrechtelijk normering wil behouden, maar dan via een constructie van toerekening aan respectievelijk uitoefening door het achterliggende bestuursorgaan. Instellingen waarop overwegende overheidsinvloed bestaat, moeten voor al hun handelen tot het bestuur worden gerekend.

Wat moeten we met private instellingen wier handelen niet volgens vorenstaande criteria als de uitoefening (eventueel in mandaat) van openbaar gezag moet worden beschouwd, maar die niettemin een publiek belang behartigen of zelfs een publieke taak uitvoeren?

We zagen in paragraaf 3.4.1 dat zich wat betreft deze organisaties de volgende varianten laten onderscheiden:

- zij onderwerpen zich vrijwillig aan publiekrechtelijke normering;
- de bestuursrechter breidt zijn jurisprudentie over het begrip bestuursorgaan uit;
- de burgerlijke rechter past publiekrechtelijke normering toe (artikel 3:14 BW);

²⁸⁰o. Vgl. Vz. Rb. Den Bosch 6 april 2007, LJN BA2459.

- d. de ‘achterliggende’ overheid legt in de statuten, bij overeenkomst of bij subsidievoorwaarde publiekrechtelijke normering op;
- e. de bijzondere wetgever legt publiekrechtelijke normering op;
- f. zij worden in algemene wetgeving (BW, Awb, een andere algemene wet) aan publiekrechtelijke normering gebonden.

Voordat ik deze varianten bespreek, zij nog opgemerkt dat waar in de literatuur gepleit wordt voor publiekrechtelijke normering van private instellingen die een publiek belang behartigen, niet altijd wordt geëxpliciteerd welke variant men aanhangt. Zo zegt de WRR in zijn rapport *De toekomst van de nationale rechtsstaat* over particuliere organisaties met publieke taken (gezondheidszorg, onderwijs, welzijnsinstellingen):

‘Het gaat uiteindelijk om de verinnerlijking van rechtsstatelijke beginselen en normen in het particuliere verkeer van grote organisaties met publieke taken. Ook bij het besturen van deze organisaties gelden beginselen van behoorlijk bestuur. Ook bij deze organisaties dient belangenverstrengeling vermeden te worden, dienen bij conflicten alle partijen, hoog en laag in de organisatie, gehoord te worden en zou, naar analogie van de beginselen van de rechtsstaat, niemand rechter in eigen zaak mogen zijn.’²⁸¹

Niet duidelijk is²⁸² of de WRR hier bedoelt dat deze organisaties zich vrijwillig aan de normering zouden moeten onderwerpen (variant a), of de normen van rechtswege zouden moeten gelden (variant b of c), of op de een of andere manier door de overheid zouden moeten worden opgelegd (variant d, e of f).

Opnieuw: ‘publiek belang’ en ‘publieke taak’

Voor de meeste van de hierna te behandelen varianten geldt dat er, als men althans niet de hele samenleving onder publiekrechtelijke normering wil brengen, een afbakening dient plaats te vinden. Zo heeft men voor uitbreiding van het begrip bestuursorgaan een operationeel afbakeningscriterium nodig, evenals de burgerlijke rechter dat behoeft als hij artikel 3:14 BW met publiekrechtelijke normering wil inkleuren. Kan dat gebeuren langs de lijn van het ‘publieke belang’ of de ‘publieke taak’?

Dat is uiterst problematisch. Zonder nadere rechtsvorming door de wetgever is niet vast te stellen wat publieke belangen zijn.²⁸³ Wij zouden niet in een democratie leven als het recht tevoren zou bepalen welke belangen de overheid wel en welke zij niet moet behartigen. Het zijn de democratisch gelegitimeerde organen, in de wandeling ‘de politiek’ genoemd, die bepalen welke maatschappelijke belangen als publieke belangen moeten worden aangemerkt, dat wil zeggen belangen die de

281. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 264 (zie ook p. 170).

282. Zie hierover uitgebreid mijn ‘Publieke taak en democratische rechtsstaat’, in: J.W. Sap e.a. (red.), *De publieke taak*, Reeks publicaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties nr. 7, Deventer: Kluwer 2003, p. 69-77.

283. Vgl. H.J. de Ru, *Staat, markt en recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 35-69 en P.A.M.J. Graat, *Privatisering en de verantwoordelijkheid van de overheid*, in: G.H. Addink e.a. (red.), *Privatisering: effectiviteit en legitimiteit*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 21-47.

overheid zich aantrekt in de overtuiging dat zij alleen dan goed tot hun recht zullen komen.²⁸⁴ Er zijn in de literatuur wel pogingen gedaan om te omschrijven welke belangen rechtens wel en niet door de overheid moeten worden behartigd,²⁸⁵ maar, hoe zinvol ook, verder dan algemene richtsnoeren komt men niet, en gelukkig maar.

Veelal worden in dit verband de grondrechten genoemd: in de eerste plaats de sociale grondrechten, maar ook de sociale kant van de klassieke grondrechten.²⁸⁶ De grondrechtencatalogus geeft zeker een indicatie,²⁸⁷ maar het wil er bij mij maar moeilijk in dat we er sinds 17 februari 1983²⁸⁸ ineens enkele tientallen publieke belangen bij hebben gekregen, terwijl bijvoorbeeld het belang van de veiligheid van de burgers in dat opzicht geen publiek belang zou zijn.

Maar zelfs al zou rechtens kunnen worden vastgesteld wat publieke belangen zijn, zoals we zagen betekent dat niet dat de daadwerkelijke behartiging van die publieke belangen ook volledig door de overheid dient plaats te vinden. Omgekeerd kan ook niet van een particulier of maatschappelijke organisatie die zich dat belang aantrekt, worden gezegd dat hij een publiek belang behartigt. Althans: we kunnen dat wel zeggen, maar dan mist het begrip ieder onderscheidend vermogen. Dat gebouwen niet instorten, is een publiek belang dat door burgers en hun organisaties moet worden behartigd. Dit is geborgd door de regelgeving rond bouwen en de handhavinginstrumenten die de overheid ten dienste staan, maar vooral ook door het feit dat mensen het in het algemeen weinig aantrekkelijk vinden als hun gebouwen instorten. We kunnen echter niet zeggen dat ze daarmee een publiek belang behartigen dat publiekrechtelijke normering in de door mij bedoelde zin kan rechtvaardigen. Datzelfde geldt voor een commerciële instelling die EHBO-cursussen verzorgt. Daarmee wordt zowel het publieke belang van artikel 22, eerste lid (gezondheid), als 23, eerste lid (onderwijs), van de Grondwet behartigd,²⁸⁹ maar opnieuw: het heeft geen zin de instelling het etiket 'behartiger van publiek belang' op te plakken.

Hoe zit het dan met de 'publieke taak'? Daarvan is sprake als de overheid een geschreven of ongeschreven rechtsplicht heeft tot actief optreden om het publieke belang te borgen. In de literatuur wordt daarbij veelal onderscheid gemaakt tussen de 'klassieke staatstaken' (justitie, politie, defensie, waterstaat), die de instandhouding van de staat zelf betreffen, en andere publieke taken, die de resultante zijn van de politieke besluitvorming van het moment.²⁹⁰ Inderdaad vergen de 'klassieke staatstaken' een indringender staatsbemoeienis dan veel andere, maar daarbij is gebruik van particulieren niet uitgesloten: zo kan men denken aan de behandeling in tbs-klinieken.²⁹¹ Voor het overige is het, als gezegd, aan 'de politiek' om te bepalen

284. WRR 2000, p. 20.

285. Bijvoorbeeld E.M.H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid* (diss. UvA), Alphen a/d Rijn: Samsom 1979 en H.J. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht?* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1993.

286. Zie EHRM 18 juni 2002, NJCM-bulletin 2003, 54 (Öneryıldiz).

287. H.J. de Ru, J.L. Burggraaf & L.A.J. Spaans, *De maatschappelijke onderneming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 23.

288. De datum van inwerkingtreding van de grondwetsherziening 1983.

289. En (vooruit maar) art. 19, eerste lid (werkgelegenheid).

290. H.J. de Ru, *Staat, markt en recht*, preadvies Christen Juristen Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 40 en B.P. Vermeulen, *De publieke taak, een veel-zijdig begrip*, in: J.W. Sap e.a. (red.) 2003, p. 24.

291. Met de voorgenomen verzelfstandiging van de Van Mesdagkliniek zullen alle justitiële TBS-inrichtingen in Nederland stichtingen zijn.

waar de overheid wel en waar zij niet actief optreedt. In de literatuur wordt in dat verband wel een onderscheid gemaakt tussen ordenings- en verzorgingstaken, waarbij onder ordeningstaken wordt verstaan het ordenen van de samenleving in de zin van het scheppen van voorwaarden voor en het stellen van grenzen aan maatschappelijke activiteiten, en onder verzorgingstaken het verzorgen van uiteenlopende taken als handhaving van de openbare orde en veiligheid, het onderhoud van dijken en andere waterkeringen, maar ook het in stand houden van openbaar onderwijs, musea, enzovoort. Het onderscheid wordt normatieve betekenis toegekend, in die zin dat ordeningstaken, waar deze noodzakelijk worden geacht, bij uitstek tot de verantwoordelijkheid van de overheid behoren, terwijl verzorgingstaken alleen door de overheid dienen te worden vervuld wanneer het particulier initiatief hierin tekortschiet.²⁹² Naar mijn opvatting brengt de rechtsstaatidee mee dat voor alle taken, ook ordeningstaken, geldt dat zij pas door de overheid behoren te worden behartigd wanneer het particulier initiatief daarin tekortschiet. Dat laatste zal zich bij ordeningstaken wellicht eerder voordoen dan bij verzorgingstaken, maar dat doet aan het uitgangspunt niet af. De beperkte bruikbaarheid van het onderscheid in normatieve zin wordt al aangetoond door het feit dat sommige auteurs ook binnen de categorie van verzorgingstaken ‘primaire’ en ‘secundaire’ overheidstaken onderscheiden, waarbij de eerste categorie wel en de tweede niet door anderen dan de overheid kunnen worden behartigd.²⁹³ Wél kan het onderscheid bruikbaar zijn bij het in kaart brengen van de overheidsactiviteiten in een zeker tijdsgewricht. Ook zou het onderscheid bruikbaar kunnen zijn bij het bezien in hoeverre communautair recht een bepaalde overheidstaak accepteert: ordeningstaken zijn waarschijnlijk minder kwetsbaar voor verplichte privatisering dan verzorgingstaken. Zelfs de taken die van oudsher tot de overheidstaak worden gerekend, zoals politie, justitie, waterstaat en defensie, zijn niet, althans niet volledig, gevrijwaard van discussie over eventuele (gedeeltelijke) privatisering. Alleen voor zover zij echter tevens de uitoefening van de zwaarmacht betreffen, dan wel de infrastructuur van de democratische rechtsstaat waarborgen (wetgeving, onafhankelijke rechtspraak) kan worden vastgesteld dat zij onvervreembare overheidstaken betreffen, die, om met Vermeulen te spreken, ‘niet uit het publieke takenpakket verwijderd mogen worden’.²⁹⁴ Voor dergelijke taken geldt echter dat zij in de kern tegelijk *per definitie* publieke taken zijn, in die zin dat als zij door anderen worden uitgeoefend, zij geen wetgeving of rechtspraak²⁹⁵ zijn.

Daarmee lijkt de ‘publieke taak’ als afbakeningsbegrip dus wél bruikbaar. Zodra immers de overheid een rechtsplicht heeft tot actief optreden ter behartiging van een publiek belang en zij daarbij rechtens een private instelling mag inschakelen, dan is die instelling ‘met een publieke taak belast’. Helaas leidt ons dát weer in een richting waar we waarschijnlijk niet naartoe willen. In dat opzicht is namelijk de commerciële vuilnisophaler uit het voorbeeld in hoofdstuk 1 met een publieke taak belast, nu de wetgever vuilnisophaal als een publieke taak heeft aangemerkt. Anderzijds leidt

292. Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 2001, p. 3-7 en de daar genoemde literatuur.

293. De Ru 1987, p. 38 e.v.

294. Vermeulen 2003, p. 24.

295. Zie R.J.G.M. Widdershoven, *Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 23.

dit ertoe dat een instelling die door zuivere zelfregulering tot stand is gekomen, zoals bijvoorbeeld het Centraal Bureau Fondsenwerving (CBF), dat keurmerken verleent aan fondsenwervende instellingen, geen publieke taak behartigt, omdat het CBF niet door de overheid is ingeschakeld om een publieke taak uit te voeren. Zouden we aan dit onderscheid publiekrechtelijke normering koppelen, dan leidt dat op het oog tot het omgekeerde van wat ermee beoogd wordt. Een materiële publieke taak in de hiervoor omschreven zin is dan ook niet geschikt voor een zinvolle afbakening met andere private instellingen.

Van der Hoeven, die dit leerstuk in Nederland heeft ontwikkeld, komt hier ook niet uit. Zijn pleidooi voor het hanteren van de publieke taak als onderscheidend criterium voor de afbakening tussen publiekrecht en privaatrecht heeft wat betreft het handelen van de overheid in enge zin een zekere betekenis gehad,²⁹⁶ maar dat geldt niet voor de afbakening tussen overheid en particulieren.²⁹⁷ Zijn omschrijving van de publieke taak als ‘alles wat door de rechtsorde in het algemeen belang te verrichten wordt opgedragen’²⁹⁸ duidt op een inhoudelijke afbakening wat betreft actoren. Hij gaat daarin ogenschijnlijk heel ver, als hij opmerkt dat het handelen ter vervulling van een publieke taak ‘soms om eigen rechtsfiguren vraagt. Dat zal in het algemeen het geval zijn, wanneer algemeen belang en andere belangen in afweging moeten komen. Dit is vaak het geval bij het handelen door overheidsorganen, maar ook daar lang niet altijd. Het doet zich ook voor, als anderen dan de overheid een publieke taak vervullen, en voor zover zij dat doen, hetzij ingevolge uitdrukkelijke – bijvoorbeeld wettelijke – opdracht, hetzij ingevolge hun feitelijke positie in de samenleving.’²⁹⁹ Maar als wij dan zien welke voorbeelden hij vervolgens noemt, dan gaat dat steeds om instellingen die krachtens de wet met openbaar gezag zijn bekleed, zoals het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) en de bijzondere universiteiten.³⁰⁰ Naar mijn mening kan een publieke-taakcriterium zoals Van der Hoeven omschrijft niet leiden tot een in een democratische rechtsstaat aanvaardbare afbakening tussen overheid en particuliere instellingen. Het is denk ik niet voor niets dat de publieke-taakjurisprudentie zich niet zozeer richt op de materiële taakuitoefening van de instelling, maar op wat de achterliggende overheid heeft gedaan om de instelling in te schakelen voor wat de overheid kennelijk als een publieke taak ziet (‘zich heeft aangetrokken’).

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat ‘publiek belang’ noch ‘publieke taak’ naar een inhoudelijke invulling bruikbaar is als afbakeningscriterium voor publiekrechtelijke normering. Dat ligt wellicht anders wat betreft een koppeling aan formele criteria. Hiervoor (paragraaf 4.2) heb ik enkele organisatorische lijnen getrokken die privaatrechtelijke instellingen verdelen in overheidsrechtspersonen en andere rechtspersonen. Langs die lijn doorredenerend, kan men een lichtere vorm van overheidsinvloed (bijvoorbeeld subsidiëring of financiering via een publiekrecht-

296. Zie Van Ommeren 2003, p. 137 en 144-151.

297. Daarover Van Ommeren 2003, p. 136-137.

298. J. van der Hoeven, De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, in: Honderd jaar rechtsleven, De Nederlandse Juristenvereniging 1870-1970, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 217.

299. Idem, p. 219.

300. Deze laatste als het gaat om ‘besluiten waartoe de wet hen bevoegd verklaard’. Idem, p. 216.

telijk heffingstelsel) aanmerken als indicatie dat sprake is van een instelling die een publiek belang behartigt. Dat zou dan wel op z'n minst volledige of vrijwel volledige subsidiëring of financiering moeten zijn, anders zou het begrip zijn doel ver voorbijschieten. Maar dan is het met name bruikbaar als indicatie voor financiële controle en verantwoording.

4.4.2 De varianten beoordeeld

Vrijwillige onderwerping aan publiekrechtelijke normering

Uit de meeslepende dissertatie van Raat³⁰¹ komt duidelijk de winst naar voren van het in acht nemen van rechtsstatelijke waarden als legaliteit, gelijkheid en verantwoord gebruik van macht door instellingen die niet tot de overheid behoren. Zij kunnen die als morele waarden ('organisatiedeugden') hanteren, maar ook in de vorm van zelfbinding als juridische normen vastleggen.³⁰² Uit democratisch-rechtsstatelijk oogpunt verdient deze variant principieel de voorkeur boven overheidsingrijpen. Dan moet wel van 'echte' vrijwilligheid sprake zijn en blijven.

Uitbreiding bestuursorgaanbegrip door bestuursrechter

We zagen al dat in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de publieke taak als zodanig geen zelfstandige rol speelt. Zo maakt het enkele feit dat een instelling een belang behartigt dat bijvoorbeeld door de Grondwet als voorwerp van overheidszorg is aangeduid, of een wettelijk vastgelegde publieke taak uitvoert, haar nog geen bestuursorgaan.³⁰³ Uitbreiding, anders dan tot instellingen die – ongeacht hun taak – onder overwegende overheidsinvloed staan, vindt voor zover ik kan zien in de literatuur nauwelijks³⁰⁴ ondersteuning, integendeel: deel van de kritiek op de publieke-taakjurisprudentie was nu juist dat zij de deur openzet voor onwenselijke en onvoorspelbare uitbreiding naar het gehele maatschappelijke middenveld. Duidelijk zal zijn dat ik deze variant afwijs.

Toepasselijkheid van publiekrechtelijke rechtsnormen via de open normen van het BW

Deze variant heeft een veel langere geschiedenis en een aantal gezaghebbende pleitbezorgers. We zagen in paragraaf 3.4.2 al dat Scheltema en Scheltema zich hiervoor uitspreken, zij het dat niet duidelijk is of zij ervan uitgaan dat dit al geldend recht is, of dat zij een pleidooi houden voor wijziging van het geldend recht op dit punt. Ook Van Ommeren spreekt zich hiervoor uit.³⁰⁵

De Hoge Raad wijst rechtstreekse toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur op niet-bestuursorganen af,³⁰⁶ en dat is terecht. Ten eerste vanwege prin-

301. C. Raat, *Mensen met macht. Rechtsstatelijkheid als organisatiedeugd voor maatschappelijke organisaties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

302. Zij het dat zij dan hun karakter van rechtstatelijkheid verliezen. Vgl. Raat 2007, p. 202 e.v.

303. Vgl. Van Ommeren 2003, p. 142: 'Een woningcorporatie voert weliswaar een publieke taak uit, een bestuursorgaan is zij daarmee nog niet.'

304. Alleen Raat noemt dit als 'mogelijkheid', naast een 'Awb voor maatschappelijke organisaties' (p. 291), maar zij werkt dit niet uit.

305. In zijn noot onder RZG/ConforMed (HR 4 april 2003, AB 2003, 365, randnr. 3).

306. Zie hiervoor, in paragraaf 3.4.2.

cipiële overwegingen. In een democratische rechtsstaat dienen organisaties die niet tot de overheid behoren vrij te zijn, behoudens beperkingen bij of krachtens een – specifieke – wet. Daar komen de praktische belemmeringen bij die ik hiervoor besprak: inhoudelijk zijn de begrippen ‘publiek belang’ en ‘publieke taak’ ongeschikt om een adequate afbakening te maken tussen maatschappelijke organisaties en ‘echt’ particulier initiatief.

Deze benadering wordt ook door Van Ommeren tot uitgangspunt genomen.³⁰⁷ Maar hij merkt vervolgens op:

‘Het is de vraag of deze gedachtegang altijd opgaat. Er zijn situaties voorstelbaar waarin het moeilijk is uit te leggen waarom publiekrechtelijke normen niet van toepassing zouden zijn, ook al behoort degene die optreedt niet tot de overheid. Te denken valt bijvoorbeeld aan de instellingen van bijzonder onderwijs.’

Na te hebben gewezen op bevoegdheden als het toelaten, verwijderen en schorsen van leerlingen, waarbij het schoolbestuur niet als bestuursorgaan handelt,³⁰⁸ vraagt hij zich af:

‘Maar waarom zouden zij niet hun handelen van een draagkrachtige motivering moeten voorzien, net zoals openbare onderwijsinstellingen dat behoren te doen? En waarom geldt voor hen niet het rechtszekerheidsbeginsel? Er lijkt wellicht ruimte voor enige nuancering. De vraag is of onder omstandigheden – ondanks genoemd uitgangspunt – niet bepaalde publiekrechtelijke normen op hun optreden van toepassing zouden moeten zijn.’

In dat verband noemt hij ook woningcorporaties en ziekenhuizen.³⁰⁹

Probleem is dat uitgangspunt en nuancering elkaar niet verdragen. In de discussie over publiekrechtelijke normering van maatschappelijke organisaties gaat het nu juist steeds over onderwijsinstellingen, woningcorporaties en ziekenhuizen. Het voorbeeld dat hij noemt in het kader van het formuleren van zijn uitgangspunt, namelijk een milieuorganisatie, is in dat opzicht tamelijk onschuldig: niemand zal wel willen beweren dat die aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden gebonden. Maar de vraag zó formuleren, is het uitgangspunt in de kern aantasten.

Dat betekent niet dat ik het probleem dat hij opwerpt niet erken, integendeel: ook ik heb behoefte aan gelijke behandeling van patiënten in een ziekenhuis of bij toelating van een leerling bij een onderwijsinstelling. Maar dat heb ik ook als ik bij de plaatselijke grootgrutter in de rij voor de kassa sta, en de caissière meent iemand die later aanschoof even eerst te moeten helpen. Die behoefte aan toepasselijkheid van op publiekrechtelijke normering gelijkende normen en beginselen heeft naar mijn inschatting dan ook te maken met machtsonevenwicht en niet met de vraag of een publieke taak wordt behartigd. Daarom spreekt de vergelijking van de milieuorgani-

307. Van Ommeren 2003, p. 150.

308. Bij het examineren handelt het schoolbestuur wel als bestuursorgaan, zie paragraaf 2.2.

309. Van Ommeren 2003, p. 150-151.

satie met de onderwijsinstelling op het eerste gezicht ook zo aan. Een onderwijsinstelling neemt dagelijks beslissingen die diep ingrijpen in het leven van mensen; bij een milieuorganisatie ligt dat, hoe politiek machtig zij misschien ook moge wezen, toch echt anders.

Zoals de jurisprudentie laat zien,³¹⁰ biedt het privaatrecht voldoende handvatten voor het normeren van dergelijk handelen, eventueel via 'inkleuring' door op publiekrechtelijke normen gelijkende beginselen. De milieuorganisatie die zonder kenbare of deugdelijke grond een lid royeert, zal door de burgerlijke rechter ook aan een op 'ons' motiveringsbeginsel gelijkende norm worden gehouden. Maar dat is iets wezenlijk anders dan rechtstreekse toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals voor de overheid geldt.

In zijn noot onder RZG/ConforMed is Van Ommeren kritisch over de aansluiting door de Hoge Raad bij artikel 1:1 Awb voor de toepasselijkheid van beginselen van behoorlijk bestuur. Hij wijst erop dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur 'traditioneel nu juist als ongeschreven beginselen worden beschouwd, die thans ten dele in de Awb zijn gecodificeerd. Die codificatie laat onverlet dat deze beginselen buiten de Awb als ongeschreven recht van toepassing kunnen zijn.'³¹¹ Met name het gelijkheidsbeginsel is in het geheel niet in de Awb vastgelegd. Het lijkt mij zeer goed verdedigbaar te stellen dat het gelijkheidsbeginsel – als publiekrechtelijk beginsel, of zo men wil: als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – van toepassing is op de publiekrechtelijke instellingen, dus óók op de publiekrechtelijke instellingen die niet het karakter hebben van een bestuursorgaan.' Ik ben het met Van Ommeren eens dat de Awb wat haar normering betreft niet uitputtend is bedoeld, maar in een aantal belangrijke gevallen eerder een minimumstandaard bevat. Maar de vraag is niet of de Awb uitputtend is bedoeld ten aanzien van bestuursorganen (dat is zij niet), maar of publiekrechtelijke normering ook voor niet-bestuursorganen moet gelden. Het antwoord dáárop geeft de Awb niet, maar moet door de burgerlijke rechter bij toepassing van artikel 3:14 BW worden gegeven. De Hoge Raad kiest ervoor die normering alleen op 'de overheid' van toepassing te laten zijn, een keuze die ik onderschrijf. En dat de Hoge Raad voor de invulling van het begrip 'overheid' aansluit bij artikel 1:1 Awb ligt dan weer voor de hand.

De vraag 'in hoeverre privaatrechtelijke normen anders van inhoud worden, indien ter uitvoering van een publieke taak wordt opgetreden',³¹² beantwoord ik dan ook aldus. De publieke taak is daarvoor niet rechtstreeks relevant. Wel kan het zo zijn dat een instelling die een publieke taak behartigt in verband daarmee (bijvoorbeeld omdat zij gesubsidieerd wordt door de overheid) een zodanige machtspositie heeft, dat privaatrechtelijke normen worden ingekleurd op een wijze, vergelijkbaar met bepaalde publiekrechtelijke normen en beginselen. Zij blijven dan echter privaatrechtelijk van aard. Wil men de instellingen aan striktere normen binden, dan dient dat bij of krachtens de wet te geschieden.

310. Zie hiervoor, paragraaf 3.4.2.

311. Hij verwijst hierbij naar P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 537.

312. Van Ommeren 2003, p. 151.

Opleggen normering via het rechtspersonenrecht, bij overeenkomst of bij buitenwettelijke subsidievoorwaarde

Uit het voorgaande volgt dat ik afwijzend sta tegen deze buitenwettelijke manieren van binding aan publiekrechtelijke normering. Dat geldt ook voor het aangescherpte deelnemingenbeleid zoals recentelijk door het kabinet aangekondigd,³¹³ waarbij het zich voorneemt via aandeelhouderschap nadrukkelijker dan in het verleden te sturen op de strategie van de onderneming. Gelukkig vermeldt de nota wel dat de publieke doelstellingen 'in eerste plaats door betrokken vakdepartementen via wet- en regelgeving worden afgedwongen'.

Mijn verwerping van deze manier van normering betreft niet de financiële controle en verantwoording aan de overheid. Naar mijn mening is dat wel degelijk een vorm van normering die zonder wettelijke grondslag kan worden opgelegd aan private instellingen voor zover die worden gesubsidieerd door de overheid. De relevante bepalingen uit titel 4.2 Awb schrijven dit ook voor respectievelijk staan dit ook toe.³¹⁴ Dat geldt echter weer niet voor controle op de taakuitoefening zelf, zoals een goedkeurings- of vernietigingsrecht.

Opleggen normering door de bijzondere wetgever

Indien het wenselijk wordt geacht een instelling die een publiek belang behartigt of een publieke taak uitvoert wat de inhoud van de taakuitoefening betreft onder publiekrechtelijke normering te brengen, is het aan de wetgever om dit doen. In die zin is het publieke belang wel degelijk juridisch relevant: het legitimeert beperking van de vrijheid van private organisaties door middel van regulering bij of krachtens de wet. Onder omstandigheden kan dit zo ver gaan dat het handelen aan normen moet voldoen die overeenkomen met normen die gelden voor de overheid zelf. Tegelijk mag die normering ook niet verder gaan dan nodig is voor het behartigen van het betrokken publieke belang.

Hier ligt mijns inziens de oplossing voor het probleem van de instelling voor bijzonder (bekostigd) onderwijs dat Van Ommeren aan de orde stelt. Als het wenselijk wordt geacht dat de bevoegdheid van die instelling om leerlingen (niet) toe te laten, te schorsen of te verwijderen, wordt genormeerd op een manier die verder gaat dan het privaatrecht meebrengt, dan moet de (bijzondere) wetgever dat bepalen. Het publieke belang legitimeert die interventie, zoals het publieke belang al interventie door bekostiging van de onderwijsinstelling meebracht. Dat kan hij doen door dit specifiek voor te schrijven of, zoals in het licht van het vorenstaande de voorkeur heeft, door een meer open norm in de onderwijswetgeving op te nemen die invulling door zelfregulering mogelijk maakt.

Opleggen normering in of via algemene wetgeving

Deze variant³¹⁵ heeft dezelfde achtergrond als het gebruik van de open normen in het Burgerlijk Wetboek: een open, flexibel stelsel, waardoor instellingen met een publieke taak worden gebonden aan publiekrechtelijke normering. Deze variant is

313. Zie hiervoor, paragraaf 3.4.2.

314. Idem.

315. Zie bijvoorbeeld Raat 2007.

uit democratisch-rechtsstatelijk perspectief misschien net iets minder onaantrekkelijk, omdat er ten minste een uitspraak van de wetgever aan te pas komt, maar daar houdt het dan ook mee op. Als gezegd, legitimeert het feit dat de organisatie het publieke belang behartigt, regulering door de overheid, waarbij zelfregulering voorop dient te staan.³¹⁶ De wetgever dient bij de beperking van vrijheden, ook van maatschappelijke organisaties, niet verder te laten gaan dan noodzakelijk. Een regeling in een algemene wet die dus voor álle organisaties, ongeacht taak en positie, hetzelfde moet zijn, is dan naar haar aard óf te ingrijpend, óf gaat niet ver genoeg. Vaak zal een op de sector toegesneden set van waarborgen het meest adequaat en proportioneel zijn.

Ik sta dan ook kritisch tegenover recente voorstellen om te komen tot een regeling, in het BW, van de ‘maatschappelijke onderneming’.³¹⁷ Door in het Burgerlijk Wetboek een regeling op te nemen over intern toezicht en verantwoording aan belanghebbenden, zouden volgens het voorstel het toezicht van de overheid en andere specifieke wettelijke regelingen kunnen worden verminderd. De maatschappelijke onderneming wordt gedefinieerd als ‘een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon die één of meer ondernemingen in stand houdt en die blijkens de statuten als doel heeft de uitoefening van bepaalde publieke taken’.³¹⁸ Nog los van de onmogelijkheid om dit laatste operationeel te maken, toont de regeling aan dat men in algemeenheden blijft steken die óf te weinig om het lijf hebben om overheidstoezicht en -regulering te vervangen, óf voor allerlei instellingen veel te ver zullen gaan en dus disproportioneel zijn.

4.5 Conclusies: publiek belang, publieke taak en de grenzen van de overheid

‘De doelstelling van *alle* handelen ter behartiging van een publieke taak is: het dienen van het – of van *een* – gemeenschapsbelang. [H]et is rechtsplicht, dat – ongeacht de formulering van de toepasselijke rechtsregels, – de oordeelsvrijheid die zij laat, door hem die handelt uitsluitend wordt gebruikt om optimale dienst aan het door hem te behartigen belang te verwerkelijken. [...] Omgekeerd is de burger – en zijn vrij gevormde groepen – bij zijn handelen vrij, het door hem te behartigen belang zelf te kiezen, mits hij blijft binnen de geldende rechtsorde. Voor zover die rechtsorde dat veroorlooft, mag hij trachten zichzelf of een ander te bevoordelen, mag hij zich van eigendommen ontdoen door die weg te schenken, te vervreemden of te vernietigen, mag hij willekeurig zijn goed gebruiken ter begunstiging van zichzelf óf van door hem zelf (willekeurig) gekozen anderen, terwijl hij anderen die begunstiging

316. Zie hierover ook W.J.M. van Veen, Ontstatelijking van het particulier initiatief door zelfregulering, in: T.J. van der Ploeg e.a. (red.), *In plaats van de overheid. Recht scheppen door particuliere organisaties*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 39-52.

317. Zie het rapport, opgesteld in het kader van het project Bruikbare rechtsorde, van een interdepartementale projectgroep Rechtsvorm maatschappelijke onderneming (voorzitter: H.H.F. Wijffels), Den Haag 2006. Zie ook H.J. de Ru, J.L. Burggraaf & L.A.J. Spaans, *De maatschappelijke onderneming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

318. Rapport-Wijffels 2006, p. 27.

onthoudt.’ Aldus Van der Hoeven, in zijn eerder geciteerde bekende opstel.³¹⁹ In democratisch-rechtsstatelijk perspectief is dit de enige juiste benadering. De burger is vrij behoudens hetgeen hem bij of krachtens de wet is verboden, de overheid is onvrij behoudens hetgeen haar bij of krachtens de wet is toegestaan. Overheidsorganen zijn ‘automatisch’³²⁰ onderhevig aan democratisch-rechtsstatelijke normen als openbaarheid, algemene beginselen van behoorlijk bestuur en democratische controle, door mij samengevat als publiekrechtelijke normering. Die normering geldt dus niet automatisch voor burgers en hun organisaties. Redenerend vanuit het uitgangspunt van de vrijheid van het particulier initiatief, ook wanneer het een publieke taak behartigt, moet normering daarvan op democratisch-rechtsstatelijke wijze plaatsvinden. Normering niet bij convenant, niet via de statuten, niet bij buitenwettelijk subsidievoorschrift, en zeker niet in de vorm van ad-hocbenaderingen op basis van artikel 3:14 BW, maar met een adequate wettelijke grondslag, toegespitst op de organisatie en de daarbij betrokken publieke belangen, en niet verdergaand dan ter behartiging van die publieke belangen nodig is.³²¹

Aan de andere kant van het spectrum bevindt zich de overheid, die wél steeds moet voldoen aan publiekrechtelijke normering. De overheid bestaat in eerste instantie uit a-organen: de organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Daarnaast zijn er particuliere (rechts)personen die bij of krachtens de wet met openbaar gezag zijn bekleed. Tot zover acht ik de grenzen van het overheidsbegrip in wetgeving en jurisprudentie juist. Maar voor het overige zijn die grenzen soms onwerkbaar, vaak inconsistent, en werken zij privaatrechtelijke vermomming van de overheidsorganisatie in de hand.

We moeten af van de zogeheten publieke-taak- of Silicose-jurisprudentie. Als de bestuursrechter in de toekomst wordt geconfronteerd met een constructie waarbij de overheid zonder wettelijke grondslag een rechtspersoon als ‘stroman’ gebruikt voor het verrichten van handelingen die, als zij door een a-orgaan waren verricht als besluiten zouden worden aangemerkt, dan moet hij die besluiten vernietigen wegens onbevoegdheid van de rechtspersoon. Denkbaar is dat hij tijdelijk de constructie als mandaat duidt om de rechtzoekende niet buiten diens schuld in een nadelige positie te brengen.

Daarnaast zou het begrip ‘overwegende overheidsinvloed’, dat we in het Nederlandse bestuursrecht vooral van het ambtenarenrecht en de WOB (artikel 3) kennen, moeten worden verbreed naar een voor het gehele bestuursrecht geldend criterium, en wel door het op te nemen in artikel 1:1, eerste lid, Awb. Dat zou moeten gelden voor vennootschappen waar de overheid een meerderheid van aandelen bezit, of waar de overheid ten aanzien van de meerderheid van de leden van het bestuur een wettelijk of statutair benoemings- en ontslagrecht heeft. Bij stichtingen en verenigingen zal het benoemings- en ontslagrecht als criterium moeten volstaan. Voor

319. Van der Hoeven 1970, p. 217.

320. Dat dit in allerlei wetten, zoals de Awb en de WOB, expliciet is bepaald, doet hier niet aan af, maar vormt er juist een bevestiging van.

321. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen, in: Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen, preadviezen VAR nr. XCIX, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988, p. 61.

deze uitbreiding wordt wel gepleit om het Awb-begrip beter op de – vaak ruimere – begrippen uit het Europese recht te laten aansluiten.³²² Van echte aansluiting zal hiermee geen sprake zijn, hoewel de begrippen zeker dichterbij elkaar komen. Mij gaat het er primair om de normering die aan het begrip bestuursorgaan is gekoppeld, een ruimere werking te geven.³²³

Het voorgaande blijft natuurlijk dweilen met de kraan open, als de overheid – in strijd met decennia wetgeving en wetgevingsbeleid – keer op keer privaatrechtelijke rechtsvormen gebruikt waar er geen private partijen in beeld zijn: Stichting AFM, Holland Casino, Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam NV, Schiphol NV, Stichting Icto, Stichting Silicose. Dat is de overheid in schijnconstructie. De bestrijding daarvan zou langs twee sporen moeten plaatsvinden. Het eerste spoor is het gemakkelijker maken om een publiekrechtelijke rechtspersoon in te stellen. Nu is dat veel omslachtiger dan het instellen van een privaatrechtelijke rechtspersoon en dat is in het licht van de wettelijke uitgangspunten ongelukkig. Het tweede spoor is strikter dan tevoren de hand houden aan de wetgeving op dit punt.

Ten slotte moet het toekennen van openbaar gezag aan privaatrechtelijke rechtspersonen worden teruggebracht. Het einde aan de Silicose-jurisprudentie komt natuurlijk vanzelf als de overheid met die constructies ophoudt. Maar ook het bij of krachtens de wet toekennen van openbaar gezag aan private instellingen is onwenselijk. Dat lijdt uitzondering als (zoals bij de APK-keurder) een publiekrechtelijk alternatief erg inefficiënt is, of als sprake is van zelfregulering. Dan moet wel steeds worden voorzien in waarborgen om botsing tussen het publieke belang en het eigen belang van de instelling te voorkomen.

Ook als mijn voorstellen worden overgenomen, zullen er, om met Damen te spreken, altijd ‘rafelige randen’ resteren.³²⁴ Maar zij leiden naar mijn stellige overtuiging tot een helderder en eenduidiger overheidsorganisatierecht en tot een betere positionering ten opzichte van elkaar van overheid en particulier initiatief.

322. Steyger 2007, p. 9-28. Vgl. ook Widdershoven e.a. 2007, p. 52.

323. Zie al Bense & Zijlstra 1994, p. 266-267.

324. Damen 2007, p. 31.

Stellingen

1. De publieke-taak- of Silicose-jurisprudentie moet worden beëindigd.
2. Als de overheid overwegende invloed heeft op het beheer van een privaatrechtelijke rechtspersoon, moeten de organen van die rechtspersoon als bestuursorgaan worden aangemerkt.
3. Private instellingen die niet tot de overheid behoren maar wel een publieke taak uitvoeren of een publiek belang behartigen, moeten niet via artikel 3:14 BW worden gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur.
4. Het moet voor de centrale overheid gemakkelijker worden gemaakt om een publiekrechtelijke rechtspersoon in te stellen.
5. Het oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid is onwenselijk.